



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

VITÓRIA ALVES DE MELLO

**INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS
EM CONTRATOS COMERCIAIS À LUZ DA LEI BRASILEIRA, CONVENÇÃO DE
NOVA IORQUE E LEI MODELO DA UNCITRAL**

**JOÃO PESSOA
2023**

VITÓRIA ALVES DE MELLO

**INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS
EM CONTRATOS COMERCIAIS À LUZ DA LEI BRASILEIRA, CONVENÇÃO DE
NOVA IORQUE E LEI MODELO DA UNCITRAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Dr.^a Ana Paula Correia de
Albuquerque da Costa

**JOÃO PESSOA
2023**

**Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação**

M527i Mello, Vitoria Alves de.

Incorporação por referência de cláusulas compromissórias em contratos comerciais à luz da Lei Brasileira, Convenção de Nova Iorque e Lei Modelo da Uncitral / Vitoria Alves de Mello. - João Pessoa, 2023.
56 f.

Orientação: Ana Paula Correia de A. da Costa.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Arbitragem. 2. Incorporação por Referência. 3.
Cláusula Arbitral. 4. Requisitos de Validade. 5.
Flexibilidade. I. Costa, Ana Paula Correia de
Albuquerque da. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

VITÓRIA ALVES DE MELLO

INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS
EM CONTRATOS COMERCIAIS À LUZ DA LEI BRASILEIRA, CONVENÇÃO DE
NOVA IORQUE E LEI MODELO DA UNCITRAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Orientadora: Dr.^a Ana Paula Correia de
Albuquerque da Costa

DATA DA APROVAÇÃO: 1 DE NOVEMBRO DE 2023

BANCA EXAMINADORA:

Andrânia Costa
Prof.^a Dr.^a ANA PAULA CORREIA DE ALBUQUERQUE DA COSTA
(ORIENTADORA)

Werna Karenina Marques de Sousa
Prof.^a Dr.^a WERNA KARENINA MARQUES DE SOUSA
(AVALIADORA)

Laíssa M. Freitas
Prof.^a Dr.^a LARISSA TEIXEIRA MENEZES DE FREITAS
(AVALIADORA)

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar meus mais profundos agradecimentos a todas as pessoas que acompanharam e contribuíram para a minha jornada acadêmica. Seja por meio de competições, produção de conhecimento científico ou por todo o suporte necessário para que eu pudesse trilhar o meu caminho ao longo destes anos na universidade.

Primeiramente, manifesto a minha gratidão pela família que tenho, em especial aos meus pais Marcelo e Jaciára, que me ensinaram sobre amor, disciplina e resiliência. Apesar das adversidades, meus pais nunca mediram esforços para garantir que, desde muito nova, os meus estudos fossem a minha prioridade.

Agradeço também ao meu irmão Raphael, que a despeito da distância, sempre se fez presente, alegrando a nossa família através das divertidas chamadas de vídeo com a ilustre presença do pequeno Henrique, seu primogênito.

Agradeço às minhas irmãs, Patrícia e Vanessa, verdadeiros exemplos de cumplicidade e empatia, com as quais compartilho algumas das melhores histórias da minha vida.

Agradeço ao meu amor Ronaldo, que me ensinou a buscar sempre a melhor versão de mim. Ao seu lado, aprendi sobre paciência, empatia e, acima de tudo, o verdadeiro significado do amor.

Não poderia deixar de agradecer às amizades que fiz ao longo dessa jornada, em particular, à minha querida amiga Ester Capistrano, que esteve ao meu lado não apenas nas competições de Arbitragem Internacional, mas na publicação de artigos, nos dias de trabalho, e em todos os perrengues possíveis ao longo da minha jornada na universidade. Estendo meus agradecimentos ao meu grande amigo Kelson, que me incentivou a explorar o mundo acadêmico e prático da arbitragem internacional por meio do NUMESC.

Agradeço, inclusive, aos demais colegas do NUMESC e, especialmente, à professora Ana Paula Costa que neste trabalho me orienta. Sua dedicação em manter o grupo de estudos em arbitragem e mediação ativo na universidade pública foi fundamental para o meu desenvolvimento acadêmico.

Por fim, agradeço às doutoras Cristina Mastrobuono e à Selma Lemes, mulheres que tenho grande admiração, que em muito contribuíram para o desenvolvimento dos meus conhecimentos em arbitragem e por conseguinte, na redação do presente trabalho.

“Quem escreve de forma desleixada não demonstra importância ao próprio pensamento. É somente quando o autor está convencido da verdade e da importância do seu pensamento que ele sente o entusiasmo necessário para um esforço incansável de encontrar a expressão mais limpa, mais precisa e mais forte para expressá-la.”

Arthur Schopenhauer.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os requisitos de validade das cláusulas compromissórias incorporadas por referência em contratos comerciais à luz da lei brasileira e dos textos internacionais. Assim, o presente problema da pesquisa se constitui na seguinte indagação: em quais circunstâncias é possível que cláusulas arbitrais incorporadas por referência em contratos comerciais sejam consideradas válidas sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro e internacional? Para tanto, examina-se a cláusula arbitral como um negócio jurídico, identificando os principais elementos de sua redação e as situações práticas de sua incorporação por referência, para então adentrar na temática da análise da lei brasileira e textos internacionais. A pesquisa é do tipo aplicada, pois tem como objetivo aprofundar o conhecimento científico acerca do tema e trazer indagações sujeitas a novos estudos. Para tanto, a pesquisa seguirá o método descritivo e exploratório, baseando-se nos trabalhos já desenvolvidos e correlacionados ao assunto tratado e terá uma abordagem qualitativa, em que se analisará criticamente a base bibliográfica utilizada que discute o tema. O método, por sua vez, será dedutivo, partindo da análise geral dos requisitos de validade da cláusula arbitral para então identificar as nuances refletidas pela incorporação por referência nos contratos internacionais. Enquanto resultados, observou-se que o contexto da relação comercial, incluindo os costumes do mercado, a experiência das partes e o consentimento tácito ou expresso da cláusula, é fundamental para a análise da validade em um caso específico. Embora o posicionamento das cortes brasileiras e estrangeiras ainda não seja uniforme, identifica-se um movimento jurisprudencial e doutrinário inclinado a flexibilizar os requisitos de validade da cláusula compromissória incorporada por referência. Portanto, à medida que as relações de mercado modernas evoluem, é evidente a necessidade de ajustar a criação e a aplicação do direito, especialmente nas relações comerciais transfronteiriças marcadas pela agilidade e uso da tecnologia na celebração de contratos, para flexibilizar o caráter formalista dos requisitos de validade de cláusulas arbitrais por referência a fim de respeitar a autonomia da vontade das partes.

Palavras-chave: Arbitragem. Incorporação por Referência. Cláusula Arbitral. Requisitos de Validade. Flexibilidade.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the validity requirements of arbitration clauses incorporated by reference in commercial contracts under Brazilian law and international texts. Therefore, the research problem comprises the following question: under what circumstances can arbitration clauses incorporated by reference in commercial contracts be considered valid from the perspective of Brazilian and international legal systems? To achieve this, the arbitration clause is examined as a legal arrangement, identifying its key components and practical situations of its incorporation by reference, followed by an analysis of Brazilian law and international texts. The research is considered applied, seeking to deepen scientific knowledge on the topic and raise inquiries open to further study. Employing a descriptive and exploratory method, relying on existing and related works, it adopts a qualitative approach to critically analyze the bibliographic base discussing the subject. The deductive method employed starts with a general analysis of the validity requirements of the arbitration clause to identify the nuances reflected by incorporation by reference in international contracts. As for the findings, it was observed that the context of the commercial relationship, including market customs, the parties' experience, and the explicit or implicit consent to the clause, is crucial in determining validity in a specific case. Although the stance of Brazilian and foreign courts is not uniform, there is an evident judicial and doctrinal trend toward flexibility in the validity requirements of the arbitration clause incorporated by reference. Therefore, as modern market relations evolve, there is a clear need to adjust the creation and application of the law, especially in cross-border commercial relationships characterized by agility and technological use in contract formation, to flexibilize the formalistic nature of validity requirements for arbitration clauses by reference in order to respect the autonomy of the parties' will.

Key-words: Arbitration. Incorporation by Reference. Arbitration Clause. Validity requirements. Flexibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA NO BRASIL.....	11
2.1 NATUREZA DA CLÁUSULA ARBITRAL E PRINCIPAIS ELEMENTOS.....	11
2.2 LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA.....	20
3 INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA À LUZ DA <i>MODEL LAW E NEW YORK CONVENTION</i>.....	24
3.1 <i>NEW YORK CONVENTION</i>	24
3.2 <i>UNCITRAL MODEL LAW</i>	29
4 FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CASOS DE INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA.....	33
4.1 JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	33
4.2 JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL.....	38
4.2.1 Caso de <i>Relatio Perfecta</i> : Espanha.....	38
4.2.2 Casos de <i>Relatio Imperfecta</i> : França, Inglaterra e Itália.....	39
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa terá como tema a incorporação por referência de cláusulas compromissórias (enquanto espécies de convenção de arbitragem) em contratos comerciais à luz da lei brasileira, e no âmbito internacional, à luz da *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* ('NY Convention' ou 'Convenção de Nova Iorque') e *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration* ('Model Law' ou 'Lei Modelo'). Nessa seara, indaga-se: em quais circunstâncias é possível que cláusulas arbitrais incorporadas por referência em contratos comerciais sejam consideradas válidas sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro e internacional? O cerne dessa questão reside na ponderação sobre as formas da redação da convenção arbitral, critérios para validação do aceite e do método de referência à cláusula arbitral.

De início, cumpre explicar o conceito objeto do trabalho, qual seja o da cláusula compromissória incorporada por referência. Trata-se de uma espécie de convenção de arbitragem, que encontra-se apartada do contrato principal, mas que é referenciada nos termos do contrato de modo a torná-la aplicável às partes contratantes. Assim, o inteiro teor da cláusula arbitral não está contido dentro do contrato ou dos documentos utilizados no momento da conclusão contratual, e para que as partes tenham acesso ao teor da cláusula, será necessário a consulta ao documento apartado no qual está inserida.

O motivo de se escolher a Convenção de Nova Iorque se traduz na relevância desta Convenção, ratificada por diversos países do mundo, e amplamente utilizada para discutir a validade da convenção das partes em arbitrar em sede de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Por outro lado, também escolheu-se a Lei Modelo da Uncitral pois trata-se de instrumento utilizado internacionalmente para inspirar a criação e interpretação de leis arbitrais domésticas, em países signatários desse modelo. Cumpre adicionar que o Brasil adotou esses dois instrumentos no seu ordenamento jurídico interno.

Assim, o presente trabalho terá como objetivo geral a busca pela identificação da possibilidade de aplicação do instituto da incorporação por referência no ordenamento brasileiro a partir dos seguintes objetivos específicos: (i) Analisar os requisitos de validade da cláusula arbitral por referência em contratos nos termos da Lei Brasileira; (ii) Identificar os requisitos de validade da cláusula arbitral por referência em contratos à luz da Uncitral Model Law e NY Convention e; (iii) Discutir a flexibilização das formalidades dos requisitos de validade da cláusula nos casos concretos da jurisprudência nacional e internacional de Incorporação por Referência.

A discussão se faz relevante na medida em que é cada vez mais comum, no âmbito do comércio nacional e internacional, a incorporação por referência de obrigações inseridas em documentos distintos ao contrato. Isso ocorre, pois, frequentemente, encontram-se cláusulas compromissórias nos chamados “Termos e Condições” ou “Condições Gerais” respectivos a uma determinada parte e muito utilizados em contratos internacionais, gerando debates acerca da validade desse tipo de cláusula em disputas relativas ao contrato.

Considerando que as hard laws são instrumentos normativos com força cogente, que vinculam os Estados parte, faz-se necessário considerar os elementos de validade das cláusulas arbitrais, e especificamente as discussões quanto à possibilidade de incorporação por referência, à luz das principais hard laws da qual o Brasil é signatário e que permeiam o tema, quais sejam: a New York Convention e Uncitral Model Law.

O presente estudo partirá do conceito de Selma Lemes (2019) de que a cláusula compromissória por referência é aquela que se encontra em documento apartado ao contrato principal, ainda que a referência seja indireta, considerando as peculiaridades da relação negocial. A exemplo, esse tipo de cláusula é muito comum no setor de algodão, pois ao longo de muitos anos os tribunais superiores brasileiros receberam pedidos de execução e homologação de sentenças estrangeiras de arbitragens relativas a esse setor, em que se fazia presente a incorporação por referência.

O presente trabalho será realizado por meio de pesquisas bibliográficas sobre aspectos da validade de cláusulas arbitrais, flexibilização dos requisitos de validade e discussões relativas ao tema da Incorporação por Referência.

A pesquisa é do tipo aplicada, pois tem como objetivo aprofundar o conhecimento científico acerca do tema e trazer indagações sujeitas a novos estudos. Para tanto, a pesquisa seguirá o método descritivo e exploratório, baseando-se nos trabalhos já desenvolvidos e correlacionados ao assunto tratado, para esboçar uma possibilidade prática de aplicação, qual seja, a de identificar a possibilidade de incorporação por referência de cláusulas arbitrais em contratos internacionais à luz das hard laws vigentes. Além disso, terá uma abordagem qualitativa, em que se analisará criticamente a base bibliográfica utilizada que discute o tema. O método, por sua vez, será dedutivo, partindo da análise geral dos requisitos de validade da cláusula arbitral para então identificar as nuances refletidas pela incorporação por referência nos contratos internacionais.

Os três capítulos do presente estudo realizam um diálogo entre o tema da incorporação por referência de cláusulas arbitrais e, em paralelo, (i) à análise dos requisitos de validade da cláusula arbitral à luz do ordenamento jurídico brasileiro (Capítulo 2); (ii) à

análise dos requisitos de validade da cláusula arbitral à luz Model Law e NY Convention (Capítulo 3) e; (iii) análise da flexibilização desses requisitos a partir da jurisprudência nacional e internacional (Capítulo 4).

2 INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA NO BRASIL

O objeto do presente trabalho consiste no estudo da existência, validade e eficácia de cláusulas arbitrais incorporadas por referência. Deste modo, o presente capítulo abordará os requisitos de validade das cláusulas arbitrais por referência, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, abordará uma explanação acerca do conceito da convenção de arbitragem enquanto negócio jurídico, sujeito à Teoria da Escada Ponteana, com enfoque na análise dos pressupostos da vontade e forma prescrita. Além disso, discutirá os principais elementos da convenção de arbitragem e por fim, dos requisitos de validade às cláusulas incorporadas por referência existentes no ordenamento nacional.

2.1 NATUREZA DA CLÁUSULA ARBITRAL E PRINCIPAIS ELEMENTOS

Uma cláusula arbitral é uma convenção na qual as partes em um contrato se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir em relação ao contrato. Assim, é um método alternativo de resolução de conflitos, onde as partes concordam em submeter a disputa a um ou mais árbitros imparciais, que atuam como juízes privados.

Ademais, cumpre destacar que o presente estudo partirá da ótica de que a incorporação de uma cláusula arbitral por referência também constitui uma convenção arbitral. Sob a ótica de Giovanni Ettore Nanni (2014), a referência contratual a um documento que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem, sempre que tal referência conste por escrito e que ligue necessariamente tal cláusula ao contrato.

Nesta via, para analisar a validade da convenção de arbitragem, cumpre entendê-la como negócio jurídico, afinal, até a promulgação da Lei de Arbitragem, a referida cláusula era considerada como um pacto preliminar ao contrato, que não possuía efeitos vinculantes, posição que, por exemplo, foi adotada pelo professor Clóvis Beviláqua na época (CARMONA, 2009).

Após a promulgação da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória passou a ter caráter cogente, dando ensejo à extinção do processo judicial sem resolução de mérito. De acordo com Guerrero (2022), há de fato um negócio jurídico celebrado entre as partes quando se trata da convenção de arbitragem, tendo como pressuposto o acordo de vontade entre elas, acerca dos objetos estipulados pelas partes de acordo com o ordenamento jurídico utilizado.

Partindo dessa ótica, faz-se relevante mencionar para fins didáticos, a natureza jurídica da cláusula arbitral. Conforme leciona Antônio Menezes Cordeiro (2015), existem

três principais teorias sobre a natureza desse tipo de cláusula, quais sejam, (a) teorias materiais: a convenção de arbitragem seria um contrato de Direito substantivo privado; (b) teorias processuais: as partes dispõem sobre uma relação adjetiva; (c) teorias mistas: embora sendo uma unidade, a convenção de arbitragem apresenta uma vertente civil e uma vertente processual.

O presente estudo partirá da ótica da terceira teoria (mista), endossada por Luis Fernando Guerrero (2022), por exemplo, que assume a natureza jurídica da arbitragem enquanto híbrida, fundada no pacto de vontades e concluída enquanto manifestação de jurisdição, tendo em vista que o laudo arbitral equivale a uma decisão judicial. Nesse âmbito, Carlos Alberto Carmona (2009), leciona que a convenção de arbitragem possui uma dupla função, nos seguintes termos:

[...] a convenção de arbitragem tem duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado [...] (CARMONA, 2009).

O próprio Superior Tribunal de Justiça destacou o caráter híbrido da convenção de arbitragem, ou seja, como a arbitragem representa uma mistura de dois elementos essenciais:

Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” (BRASIL, 2007a).

Cláusulas arbitrais por referência são comuns em diversos tipos de contratos, como acordos comerciais, contratos de fornecimento, contratos de serviços, entre outros. A ideia por trás da inclusão de uma cláusula arbitral é oferecer uma maneira mais rápida, eficiente e menos dispendiosa de resolver disputas em comparação com o sistema judicial tradicional.

A possibilidade de submissão das disputas à arbitragem encontra respaldo, inclusive, na Lei de Arbitragem nº 9.307, que possibilita à partes a formalização de sua vontade por meio de uma convenção de arbitragem, que pode ser tanto uma cláusula compromissória quanto um compromisso arbitral, *in verbis*:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (BRASIL, 1996, grifo nosso).

A distinção constante na lei de arbitragem entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, de acordo com Caivano (2000), decorre da prática arbitral. Nesse âmbito, a diferença reside no seu conteúdo objetivo, isto é, no litígio a ser解决ado. O compromisso arbitral é feito depois que o conflito já existe, então os árbitros sabem exatamente o que devem julgar. A cláusula compromissória é feita antes que o conflito surja, então ela tem um conteúdo mais genérico que pode gerar discussão no futuro.

Ao optar por uma cláusula arbitral, as partes renunciam ao direito de levar suas disputas aos tribunais estatais. Partindo da relevância dessa renúncia, as partes precisam ter muito cuidado com a redação da convenção, e existem algumas regras previstas na Lei de Arbitragem Brasileira que dispõem requisitos formais para que a cláusula compromissória seja considerada válida e eficaz perante as Partes.

Entre as razões que justificam a exigência de forma, de acordo com o direito internacional, Giuditta Cordero Moss (2014) as classifica em duas categorias distintas. A primeira entende a relevância de se estabelecer uma forma válida de convenção arbitral para assegurar o consentimento das partes, manifestado pela exclusão das jurisdições estatais e pela escolha da arbitragem como meio de resolução de disputas. A segunda perspectiva entende que o requisito de forma desempenha o papel de comprovar os termos acordados entre as partes para o processo arbitral.

Para compreendermos os elementos essenciais de uma cláusula arbitral na forma que será abordada no presente estudo, devemos primeiramente analisá-la como um negócio jurídico, observando os aspectos que o compõem e a sua relação com as características da cláusula.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior (2020), o negócio jurídico é produto da manifestação de vontade das partes, as quais podem não apenas declarar a intenção de praticar o ato, mas, também, regular os efeitos que dele pretendem extrair.

Interessante destacar a concepção dos elementos essenciais do negócio jurídico a partir da ótica do jurista Pontes de Miranda (2001), que designou uma estrutura singular para explicar tais elementos. De acordo com a Teoria da Escada Ponteana, o negócio jurídico possui três planos: plano de existência, plano de validade e plano de eficácia.

Em resumo, o plano de existência prevê pressupostos mínimos para que o negócio jurídico possua um suporte fático para existir, quais sejam, as partes (*ou agentes*), vontade,

objeto e forma. Assim, para que a cláusula arbitral exista, é necessário que estejam presentes: (i) os contratantes constituídos ou não por seus advogados; (ii) conduta volitiva; (iii) a arbitragem enquanto objeto da cláusula e; (iv) algum documento ou prova de que houve tal convenção. Em se tratando de cláusula arbitral por referência, a convenção arbitral seria inexistente se o documento apartado referenciado para fins de incorporação da cláusula não existisse, por exemplo.

Desse modo, a cláusula que não permita concluir terem as partes optado por conferir jurisdição aos árbitros para resolver eventuais litígios deve ser considerada inexistente (NANNI, 2014).

Por sua vez, o plano de validade, foco no presente estudo, se revela através da adjetivação dos referidos pressupostos do plano de existência, conforme previsto no artigo 104 do Código Civil. Assim, para que um negócio jurídico seja válido é necessário que possua agentes *capazes*, vontade *livre*, objeto *lícito* e forma *prescrita ou não defesa em lei* (BRASIL, 2002). Destaca-se no âmbito da convenção de arbitragem, em especial, os elementos atinentes ao objeto, que compreendem tanto a obrigação de instaurar procedimento arbitral - objeto imediato, quanto às matérias sujeitas a essa forma de resolução de litígios - objeto mediato (SCALCO, WEBBER, 2021).

Conforme aponta Tartuce (2021), a ausência dos pressupostos de validade incorre na nulidade absoluta ou relativa do negócio jurídico. No caso da arbitragem instituída por uma convenção arbitral por referência, um dos principais pressupostos de validade é a vontade ou consentimento livre das partes, baseado no princípio da liberdade contratual, autonomia privada e consensualismo.

Selma Lemes (1992) defende que a autonomia da vontade é a essência do procedimento arbitral, desde a escolha de dispor desse meio de solução de disputas até os regramentos que o regerão. No mesmo sentido, Tartuce (2021) destaca o papel da vontade nos negócios jurídicos, “a manifestação de vontade exerce papel importante no negócio jurídico, sendo seu elemento basilar e orientador.”

A vontade das partes ocupa um papel relevante inclusive no texto da Lei da Arbitragem (BRASIL, 1996), especificamente quanto aos artigos 1º, 2º e 3º. No artigo 1º, o texto faz menção à faculdade das partes capazes de contratar em levar à arbitragem direitos patrimoniais disponíveis. Em seguida, o artigo 2º faz referência à faculdade das partes de escolher pela arbitragem de direito ou por equidade. Em por fim, o artigo 3º, conforme supracitado, que faz referência à escolha das partes pela arbitragem, através da convenção

arbitral. Portanto, a partir de uma leitura conjunta dos três dispositivos, é possível identificar a relevância que a livre e espontânea vontade das partes, quanto ao instituto da arbitragem.

A relação entre a autonomia da vontade e a validade de cláusulas arbitrais incorporadas por referência é um tema complexo e controverso no direito brasileiro, que será melhor explorado no 4º capítulo deste estudo. No entanto, cumpre adiantar que é necessária a manifestação expressa e inequívoca da vontade das partes de submeter o litígio à arbitragem, para que se renuncie à jurisdição estatal. É a partir do cumprimento dos seus requisitos de validade e eficácia que o efeito negativo - de exclusão da jurisdição dos tribunais, e o efeito positivo de compulsoriedade da cláusula - serão materializados (BARROCAS, 2010).

Ademais, a incorporação de cláusulas arbitrais por referência visa simplificar e padronizar os contratos, mas também pode gerar dúvidas sobre a efetiva manifestação de vontade das partes em relação à arbitragem. Partindo para análise da forma enquanto pressuposto de validade da cláusula arbitral, ressalta-se que ela deve ser escrita e inserida no contrato ou, no caso da incorporação por referência, em documento anexo que se refere ao contrato. O cuidado na sua redação interfere, inclusive nos limites subjetivos da convenção incorporada por referência.

Quanto ao plano de eficácia, em se tratando de uma cláusula compromissória, o fator de atribuição de sua eficácia é exatamente a ocorrência do litígio entre as partes - sua condição suspensiva (BARABINO, 2016). Inclusive, cumpre salientar que eventual pendência de um fator de eficácia não pode caracterizar irregularidade da cláusula, de modo que é absolutamente possível um negócio jurídico ser existente e válido, porém ainda ineficaz, como é a cláusula compromissória, afinal, ainda que existente e válida, depende do surgimento da lide para produzir seus efeitos jurídicos.

No entanto, faz-se interesse mencionar que ao se considerar a ótica da convenção de arbitragem como negócio jurídico, a sua eficácia poderá ser plena ou limitada a depender de sua forma (GUERRERO, 2022). Nesse sentido, evidencia-se a relevância dos elementos essenciais na constituição das cláusulas arbitrais, que resultarão nas denominadas cláusulas cheias ou cláusulas vazias.

Os principais elementos de uma cláusula arbitral são aqueles que definem as condições e as regras para a realização da arbitragem, caso surja um conflito entre as partes contratantes. Esses elementos podem variar de acordo com a vontade das partes, a natureza do contrato, a legislação aplicável e a instituição arbitral escolhida. Nesta via, a redação da convenção arbitral é algo que deve ser tratado com cautela. A convenção de arbitragem confere ao árbitro a autoridade para julgar e determinar os limites de sua atuação e o alcance

de seu trabalho; por isso, sua redação deve ser feita com cuidado e atenção, para evitar que se comprometa, ou dificulte excessivamente, o bom desempenho da arbitragem (GABBAY, MAZZONETTO, KOBAYASHI, 2013).

Inclusive, é interessante para as partes que a redação da cláusula arbitral não seja apenas capaz de excluir efetivamente a jurisdição estatal, mas também que seja capaz de atribuir à arbitragem efeitos imediatos, a partir dos elementos necessários que permitam a instauração da arbitragem sem depender de um novo acordo de vontades entre as partes (GUERRERO, 2022).

Gary Born (2014) leciona que disposições incompletas, obscuras ou contraditórias inseridas nas cláusulas compromissórias criam as chamadas cláusulas patológicas. Para fins didáticos, cumpre mencionar que dentre as patologias que possam estar presentes, existem as cláusulas arbitrais vazias, as cláusulas ambíguas e as cláusulas contraditórias.

Assim, a depender do grau de detalhamento contido na cláusula, é possível que ela seja denominada cláusula cheia ou vazia. De acordo com Guerrero (2022), a cláusula compromissória "vazia" é uma convenção de arbitragem com eficácia limitada, porque as partes estarão vinculadas à solução do conflito via arbitragem, porém será necessária a celebração de um compromisso arbitral para definir as regras de instauração e desenvolvimento da arbitragem.

Interessante apontar que conforme leciona Eisemann (1974), um dos primeiros a estudarem sobre o tema das cláusulas patológicas, identificou que a cláusula compromissória possui certas funções essenciais, quais sejam (i) a produção de efeitos obrigatórios para ambas as partes; (ii) a exclusão da intervenção do poder estatal no julgamento do litígio, ao menos enquanto não proferida a sentença arbitral; (iii) a atribuição de poderes aos árbitros para solucionarem as potenciais controvérsias entre as partes; e (iv) o oferecimento de melhores condições no que tange a eficiência e celeridade – em julgamento passível de execução judicial forçada.

No entanto, identifica-se que cláusulas patológicas geralmente não cumprem com pelo menos uma das funções essenciais descritas por Eisenmann, sejam elas cláusulas arbitrais vazias, as cláusulas ambíguas e as cláusulas contraditórias (REYNOL, 2017).

As cláusulas vazias configuram-se quando há uma lacuna no texto, sobretudo quando essa lacuna for relacionada à determinação e delimitação dos poderes do árbitro (NITSCHKE, 2019). Nessa perspectiva, a cláusula vazia é um tipo de cláusula patológica que apenas estabelece a vontade das partes de submeter eventuais litígios à arbitragem, sem definir os elementos essenciais para a sua instalação e condução, como o número e a forma de

escolha dos árbitros, a sede e o idioma da arbitragem, ou a lei aplicável ao mérito da disputa. Essa cláusula, portanto, possui eficácia limitada, pois depende da celebração posterior de um compromisso arbitral, que é o acordo escrito que contém as regras procedimentais da arbitragem, para que o juízo arbitral possa ser efetivamente instaurado.

Quando essa patologia ocorre e as partes não conseguem chegar a um acordo posterior, a única saída é recorrer à justiça estatal para resolver o conflito. Inclusive, essa deficiência é tratada de formas diferentes a depender da lei aplicável, existindo sistemas que consideram esse tipo de falha uma nulidade efetiva (SALVADÉ, 2020). Entretanto, é fundamental ressaltar que nem todas as condições problemáticas requerem a instauração de uma ação de execução específica da cláusula compromissória. Na medida em que essa necessidade surge, é crucial que o magistrado intervenha da forma menos invasiva possível (SCALCO; WEBBER, 2021).

Cláusulas vazias são comuns na realidade dos contratos nacionais e internacionais. Conhecidas como *midnight clauses* ou *champagne clauses*, as cláusulas arbitrais são comumente adicionadas nos últimos momentos da negociação, o que acentua a possibilidade de a redação das cláusulas arbitrais ser deficiente (TUNG, 2017).

Quanto às cláusulas ambíguas, a implementação do procedimento arbitral pode ser prejudicado não apenas por omissões das partes, mas também por designações errôneas na redação da cláusula. A exemplo, uma cláusula com essa patologia dispõe que as partes “poderão” recorrer à arbitragem, em vez de “deverão” recorrer à arbitragem. Assim, em tal cenário, uma das partes poderá, no momento em que a disputa surgir, opor-se à instauração da arbitragem, enquanto a parte interessada em prosseguir com o procedimento arbitral enfrentará desafios significativos para fazer cumprir o que foi estipulado na cláusula. Ao contrário de tornar a cláusula arbitral mandatória entre as partes, passa a torná-la facultativa (REYNOL, 2017).

Outro fator que pode configurar a patologia da cláusula é a contradição (cláusula contraditória). Nesse caso, ocorre quando a cláusula determina a aplicação de regras de uma instituição arbitral, ao passo que determina outra instituição como operadora do procedimento. A exemplo, as partes escolhem a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) para administrar procedimento conforme as regras da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC). Contudo, a CAM-CCBC poderia negar-se a aplicar as regras da ICC, por não ter órgão destinado a realizar o escrutínio da sentença previsto nestas regras (WEBBER; SCALCO, 2021).

A contradição também poderia ocorrer por erro de tradução da cláusula. A exemplo, a contradição ocorreria em casos de tradução equivocada, como na palavra francesa "demanderesse" (requerente, em português) para o espanhol "demandada" (requerida, em português), resultando em uma alteração significativa de seu significado, especialmente quando se a cláusula se referir ao local da arbitragem a depender do local de uma das partes (DAVIS, 1991).

No contexto brasileiro, a convenção de arbitragem não pode ser formulada de maneira genérica, abrangendo a arbitragem como um meio de resolução para todas as potenciais disputas de forma ampla e não específica. O escopo da arbitragem deve estar relacionado não apenas a questões envolvendo direitos disponíveis, mas também deve estar vinculado a uma relação jurídica específica e determinada (MAGALHÃES, 2012).

De maneira geral, uma cláusula compromissória pode conter: (i) declaração da intenção; (ii) escopo da arbitragem; (iii) instituição arbitral ou regramento aplicável; (iv) número de árbitros; (v) local de arbitragem; (vi) idioma da arbitragem; (vii) lei aplicável ao contrato e ao processo de arbitragem; (viii) procedimento de escolha dos árbitros; (ix) custos e taxas da arbitragem; (x) confidencialidade; (xi) cláusula escalonada - mediação prévia (REYNOL, 2017).

Esses elementos estão presentes nos modelos de cláusulas arbitrais disponíveis pela Câmaras de Arbitragem mundo afora. Para facilitar o processo de redação da cláusula e proporcionar maior clareza e segurança jurídica às partes envolvidas em um contrato, muitas câmaras de arbitragem renomadas, tanto nacionais quanto internacionais, desenvolveram modelos de cláusulas arbitrais. Esses modelos de cláusulas arbitrais servem como um guia valioso para as partes que desejam incluir uma disposição arbitral em seus contratos.

Mesmo que a cláusula compromissória não especifique os elementos essenciais para a instauração da arbitragem, como o órgão arbitral ou as regras que regerão o processo de resolução de disputas, como, por exemplo, o procedimento para a nomeação e aceitação dos árbitros para formar o tribunal ou painel arbitral, as partes ainda estarão obrigadas a recorrer à arbitragem como meio de resolver suas diferenças. Portanto, embora tenham que seguir um caminho mais longo para iniciar o processo de arbitragem devido à falta desses detalhes, a convenção de arbitragem continuará tendo um efeito vinculante (GUERRERO, 2022).

Nessa seara, Carmona (2009) defende que uma cláusula, para ser instituída de plano, precisa conter, no mínimo, uma previsão sobre as regras de um determinado órgão arbitral como elemento organizador da arbitragem, ou ainda regras estipuladas pelas próprias partes (ad hoc). Sob essa ótica, o reporte às regras de uma instituição arbitral seria suficiente

para considerar uma cláusula compromissória como “cheia”. Apesar disso, Guerrero (2022) destaca que a forma de nomeação dos árbitros é um requisito importante para que as Partes não tenham que recorrer ao Poder Judiciário.

É fundamental ressaltar que a ausência de menção explícita à instituição arbitral encarregada de administrar o procedimento não implica necessariamente em uma lacuna na cláusula compromissória. No caso de estipulação de um método para a nomeação dos árbitros, sem fazer referência a uma instituição arbitral ou a outros requisitos do compromisso arbitral, é possível iniciar um procedimento arbitral *ad hoc*, pois a cláusula compromissória em si seria suficiente para este fim (SCALCO; WEBBER, 2021).

Sob a ótica de Carmona (2009), para que uma cláusula compromissória seja “cheia” basta que ela se reporte às regras de uma instituição arbitral. Nesse sentido, a confirmação de árbitro único ou tribunal arbitral, com a redação que determine ao menos o método de nomeação é essencial para a instauração do procedimento arbitral sem a necessidade do ajuizamento de ação de execução específica. Além disso, conforme disposto no artigo 19, §1º, da Lei de Arbitragem, é possível, ainda, que as partes estabeleçam um adendo à convenção para sanar eventuais lacunas (SCALCO, WEBBER, 2021).

Em suma, é possível identificar que a presença dos principais elementos de uma cláusula arbitral é fundamental para evitar que ela se torne uma cláusula patológica, seja pela incerteza, incompletude, ambiguidade ou contradição. As patologias, por sua vez, incorrem na não instauração imediata da arbitragem, que passa a depender da colaboração mútua das Partes, ou ainda da intervenção do poder judiciário para o início forçado do procedimento.

No caso da cláusula arbitral por referência, comumente disposta em contratos-tipo, Termos e Condições Gerais ou ainda em sites da internet direcionados por um *hyperlink*, indaga-se quais seriam os principais elementos para fazer desta cláusula válida e eficaz.

A discussão se faz ainda mais relevante, pois geralmente, o conteúdo de uma cláusula arbitral incorporada por referência é estipulado por apenas uma das partes em seus termos gerais, podendo ser utilizada repetidas vezes (LEMES, 2019). De acordo com a autora, é necessário interpretar o conteúdo das cláusulas com cautela, levando em consideração o ambiente negocial em que está inserida, ou seja, o contexto do mercado no qual é amplamente utilizado.

Conforme será abordado nos capítulos seguintes, destaca-se que as cláusulas arbitrais que são incorporadas por referência dependem de vários outros requisitos essenciais para serem válidas e eficazes, incluindo a clareza e especificidade da referência, a aceitação

expressa das partes envolvidas, a disponibilidade e acessibilidade do documento referenciado, bem como a harmonização entre as disposições contratuais e as disposições relacionadas à arbitragem.

2.2 LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

A incorporação por referência de cláusulas é adotada com frequência em contratos internacionais da área de commodities, em que no contexto brasileiro, por exemplo, se localiza no comércio do agronegócio. É comum, inclusive, esse tipo de cláusula em contratos marítimos (LEMES, 2019).

No entanto, a lei brasileira de arbitragem não aborda especificamente os requisitos de validade da incorporação por referência. Ocorre que, na verdade, existem previsões na Lei de Arbitragem sobre alguns aspectos como agentes, objeto e forma da convenção de arbitragem.

No que tange a forma da convenção, cumpre destacar que o artigo 4º da referida norma prevê a exigência de que a cláusula compromissória esteja por escrito, apesar de não apresentar a definição desse conceito. A partir disso, autores como Hasson e Nalin (2017) apontam o caráter formalista do direito brasileiro, fundado nessa exigência prevista na lei brasileira sobre a maneira com a qual a cláusula compromissória deve ser constituída.

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 4 da Lei de Arbitragem, a convenção arbitral deve ser estipulada por escrito, podendo estar contida em um documento apartado que seja referenciado pelas partes, *in verbis*:

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira (BRASIL, 1996).

Os referidos autores entendem o requisito da cláusula arbitral ser estipulada em escrito como algo que colide com a dinâmica dos negócios internacionais, que em boa parte são caracterizados pela informalidade de referenciar cláusulas arbitrais em contratos de adesão e em *standard terms* presentes em páginas da web, por exemplo. A mesma dinâmica tem sido presenciada nos negócios nacionais, que também se descaracteriza, por vezes, de excessivo formalismo, em que cláusulas arbitrais são concluídas entre as partes até mesmo com ausência de assinaturas (HASSON; NALIN, 2017).

Entende-se que o legislador interpretou a exigência da cláusula ser constituída por escrito como um fator de garantia da manifestação da vontade das partes, trazendo segurança

à manifestação de revogação da jurisdição estatal para julgar eventuais conflitos relativos ao contrato. Contudo, discute-se na doutrina a possibilidade de diferentes formas de manifestação de vontade a serem consideradas válidas.

Nesse contexto, é interessante apontar que o Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002) reconhece a possibilidade de flexibilização na forma de expressão da vontade na celebração de negócios jurídicos. Referido entendimento é corroborado pela previsão contida no artigo 107 do Código Civil, cujo texto indica que "a validade da declaração de vontade não dependerá de uma forma especial, a menos que a lei exija expressamente". Portanto, é possível concluir que no Brasil é viável manter a eficácia da arbitragem mesmo na ausência de um aceite explícito da convenção, por exemplo.

Ao discorrer sobre o aceite enquanto elemento de conclusão da cláusula compromissória, Brekoulakis (2010, apud HASSON, NALIN, 2017), destaca que incorporação por referência seria uma categoria de extensão subjetiva da cláusula arbitral, que após o aceite das partes, possibilita a extensão dos efeitos da cláusula a alguns "tipos de partes" que, pela sua natureza, estariam vinculadas à convenção de arbitragem. Sobre esse tema, Paula Butti (2013) acrescenta que para definir os limites subjetivos da convenção de arbitragem incorporada por referência faz-se necessário privilegiar a boa-fé contratual e a vontade das partes.

Partindo dessa ótica, a referida autora entende que apesar do nosso ordenamento jurídico não trazer previsão expressa sobre requisitos da incorporação por referência, não há nada em nossa legislação que seja um obstáculo à utilização da boa fé e vontade das partes que vede a atribuição de eficácia e validade a uma convenção assim pactuada. Portanto, a necessidade da convenção ser estipulada por escrito presente no artigo 4º da Lei de Arbitragem, em nada afeta a incorporação por referência. Como aponta Paula Butti (2013):

A convenção de arbitragem incorporada é escrita, assim como são escritos os termos do novo contrato que determinam a incorporação, seja da convenção expressamente, seja do contrato ou documento que a contém, genericamente.

Partindo dessa ótica, a autora analisa duas situações. Primeiramente, aponta que a incorporação da convenção pode ser feita explicitamente, ou seja, através de uma referência direta à convenção de arbitragem como parte do acordo. Segundo, indica que a incorporação pode ser feita de forma mais geral, onde o contrato faz referência ao documento que contém a convenção de arbitragem sem mencioná-la especificamente. De acordo com Paula Butti (2013), em ambas as situações é possível que a cláusula arbitral se torne parte do acordo.

Isso ocorre porque o consentimento à arbitragem pode se dar de diferentes formas. A Lei de Arbitragem não prevê a necessidade de consentimento expressamente escrito à convenção para que ela produza efeitos. Assim, uma convenção incorporada por referência seria “perfeitamente válida e eficaz”, desde que os aspectos do caso concreto demonstrassem que as partes tinham conhecimento e não se opuseram à sua adoção (BUTTI, 2013).

Cumpre adicionar que na análise do caso concreto, o comportamento das partes possui relevância quando se analisa a existência, validade e eficácia de uma cláusula incorporada por referência. Nesta via, há autores que realizam uma análise acerca do comportamento concludente de uma parte, no qual se pode presumir o seu consentimento à cláusula. Entendendo a perspectiva do comportamento concludente acentua Giovanni Ettore Nanni (2014):

[...] o comportamento concludente não é, por si só, uma espécie de manifestação negocial, consistindo, pois, no elemento objetivo da declaração tácita, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa (NANNI, 2014).

O autor complementa que a possibilidade de que o consentimento para a inclusão da cláusula compromissória possa ser inferido de maneira tácita ou presumida, ou seja, ausente de manifestação expressa, sem que isso prejudique a validade formal exigida pela Lei nº 9.307/1996. Assim, o comportamento conclusivo desempenharia um papel fundamental como o elemento capaz de conduzir ao reconhecimento implícito de uma declaração contratual em favor de uma cláusula compromissória.

Ademais, conforme aponta Selma Lemes (2019), comportamento concludente se apoia nos fatos que se podem retirar uma ilação, construir o significado de um comportamento. Verifica-se, desta forma, que a anuência das partes à arbitragem pode decorrer tanto na forma de aceitação explícita como implícita, presumido pelo comportamento concludente, a depender das circunstâncias do caso concreto e dos demais documentos emitidos pelas partes (LEMES, 2019).

Inclusive, em certas circunstâncias, a ausência de manifestação expressa por parte de um dos negociantes pode ser interpretada como sua aceitação à cláusula compromissória, de acordo com o disposto no artigo 111 do Código Civil brasileiro, que estabelece que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. De acordo com a perspectiva de Nanni (2014), esse entendimento não está em conflito com o artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem, que requer que a cláusula compromissória seja formalizada por escrito. Isso ocorre porque, quando uma parte participa da arbitragem através de um comportamento conclusivo, ela, na

verdade, se envolve em diversos atos escritos, como a assinatura do termo de arbitragem, a apresentação de petições e outras ações formais, que atendem plenamente ao requisito legal estabelecido.

Portanto, não é estritamente necessário que as partes assinem um contrato para formalizar sua concordância com a arbitragem em contratos comerciais, de acordo com a legislação brasileira, desde que não estejamos lidando com uma cláusula arbitral por adesão ou uma relação de consumo, conforme mencionado §2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem (NANNI, 2014). Inclusive, cumpre destacar que contratos entre empresas que utilizam Termos e Condições Gerais **não** são considerados contratos de adesão. Tal posicionamento foi acatado pelo Superior Tribunal de Justiça (Brasil, 2007b), no julgamento do REsp 861.027/PR:

Utilizando-se a empresa de mercadorias ou serviços de outra empresa para incremento de sua atividade empresarial principal, tem-se típica e autêntica relação comercial, entendida no sentido de mercancia, com intuito de lucro e sentido de habitualidade, sendo reguladas essas relações pela lei civil, afastada a consumerista.

Alguns anos após esse veredito, quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou um processo de Homologação de Sentença Estrangeira (BRASIL, 2013) que continha argumentos de invalidade da cláusula que havia sido inserida em um suposto contrato de adesão, a Ministra Nancy Andrigi enfatizou a limitação do STJ em analisar o conteúdo da relação substancial relacionada à sentença estrangeira, excluindo assim esse aspecto do escopo do julgamento.

Ainda sobre a necessidade de acordo escrito sob a ótica da Lei de Arbitragem, as autoras Letícia Abdalla e Vera Barros (2012 apud LEMES, 2019) enfatizam que discussão em torno da validade formal de um acordo de arbitragem tem sido um tema de considerável debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência, especialmente quando se trata da extensão do termo "acordo escrito".

No entanto, observa-se uma tendência evolutiva em sua interpretação, e atualmente, não é incomum que seja aceita a noção de um **acordo por referência**, dispensando assim a necessidade de consentimento expresso das partes no mesmo documento em que a cláusula arbitral está inserida. O requisito do acordo escrito tem sido considerado atendido, por exemplo, quando a convenção é documentada em uma carta ou em um e-mail, desde que seja claramente demonstrado que a outra parte concordou com seus termos (LEMES, 2019).

3 INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA À LUZ DA MODEL LAW E NEW YORK CONVENTION

Conforme exposto, complexidades relativas ao alcance e dimensão da convenção de arbitragem têm relação direta com a sua validade formal e material, a qual será definida especialmente pela lei aplicável ao acordo, mas que também pode sofrer influência de Convenções Internacionais, por ocasião da homologação de sentença arbitral. Portanto, uma vez identificadas as nuances da incorporação por referência de cláusulas arbitrais nas arbitragens domésticas à luz da Lei de Arbitragem brasileira, cumpre analisar o tratamento de normas e convenções internacionais sobre o tema. Assim, o presente capítulo abordará especificamente a *New York Convention* e a *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, incorporados à legislação interna do Brasil.

3.1 NEW YORK CONVENTION

A *New York Convention* (Convenção de Nova Iorque), oficialmente conhecida como a "Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras", é um tratado internacional adotado em 1958 e que entrou em vigor em 1960 (CONVENÇÃO, 1958). A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional - UNCITRAL administra a redação da Convenção, cujo objetivo principal é promover o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelos tribunais nacionais dos países signatários.

O Brasil é signatário da Convenção de Nova Iorque desde 2002, fato que desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento da arbitragem no país. Afinal, a Convenção serve como um símbolo de que as partes estrangeiras podem ter confiança na aplicação da lei brasileira em relação à execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. Inclusive, após a ratificação do Brasil à Convenção, o próprio texto da lei de arbitragem refletiu tal incorporação em seu artigo 4º, parágrafo 1º.

Do ponto de vista da abrangência global, entre os cento e noventa e três (193) Estados que formam a Organização das Nações Unidas, cento e sessenta e oito (168) deles, até a presente data, são signatários da Convenção de Nova York. De acordo com Van den Berg (2008), a Convenção é uma das mais bem sucedidas do mundo:

A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Arbitrais Estrangeiras, feita em Nova York, em 10 de junho de 1958 (a Convenção de Nova York), é descrito como o tratado mais bem-sucedido do direito internacional privado. Aderido por mais de 140 nações. As mais de 1.400 decisões judiciais relatadas no Yearbook: Commercial Arbitration mostram que a execução de uma sentença arbitral é concedida em quase 90% dos casos¹ (VAN DEN BERG, 2008, tradução livre)

No âmbito da relação negocial, disposições que incorporam cláusulas de arbitragem de outros instrumentos dão origem a questões de validade formal e substantiva. Assim, a incorporação de uma convenção de arbitragem apresenta dificuldades com no que diz respeito à validade da forma utilizada para incorporação e ao consentimento à cláusula (BORN, 2021).

No que tange a Convenção de Nova Iorque (1958), o surgimento da discussão quanto à validade e efeito da cláusula compromissória incorporada por referência permeia a interpretação da doutrina quanto ao artigo II (2) do referido texto. A saber, os parágrafos 1 e 2 do artigo II da Convenção resultaram na seguinte especificação do que constituiria um "acordo por escrito":

1. Cada Estado Contratante reconhecerá um acordo por escrito por meio do qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas ou quaisquer divergências divergências que tenham surgido ou que possam surgir entre elas com relação a uma relação jurídica definida, seja ela contratual ou não, relativa a uma matéria passível de solução por arbitragem.
2. O termo "acordo por escrito" deverá incluir uma cláusula arbitral em um contrato ou em uma convenção de arbitragem, assinada pelas partes ou contida em uma troca de cartas ou telegramas (CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE, 1958).

Felipe Hasson e Paulo Nalin (2017) ponderam que devido a essas disposições, embora de forma não explícita, a Convenção de Nova Iorque teria estabelecido um requisito formal mínimo para a validade do acordo de arbitragem. Em consequência, houve o surgimento de várias leis nacionais e decisões que invalidaram acordos de arbitragem que não fossem devidamente documentados por escrito. Esse cenário era evidente na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 e ainda persiste na Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996), que estabelece o requisito formal em seu artigo 4º.

Na literatura jurídica, a discussão sobre o requisito mínimo de forma encontra divergência a depender da corrente, com alguns sustentando que a convenção de arbitragem só é válida quando documentada por escrito, enquanto outros defendem a flexibilidade de forma. A última corrente, está alinhada aos princípios do direito contratual, conforme a

¹ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, made in New York on June 10, 1958 (the New York Convention), is described as the most successful treaty in private international law. It has been adhered to by more than 140 nations. The more than 1,400 court decisions reported in the Yearbook: Commercial Arbitration show that enforcement of an arbitral award is granted in almost 90% of cases.

permissão estabelecida para a aplicação de abordagens mais liberais à suas disposições, prevista no Artigo VII(1) da Convenção de Nova Iorque (CONVENÇÃO, 1958) nos seguintes termos:

As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais firmados pelos Estados Contratantes, nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de se valer de uma sentença arbitral na forma e na extensão permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que se pretende invocar tal sentença (tradução livre).²

Importante ressaltar que para Gary Born (2014), o artigo II da Convenção não teria o condão de definir algum requisito mínimo de forma, permitindo, assim, que os Estados adotem as perspectivas da legislação nacional sobre arbitragem reconhecendo cláusulas arbitrais com base em exigências menos rigorosas do que as previstas na Convenção, ou ainda, com base em nenhuma exigência de forma para cláusulas arbitrais.

Nesta linha, tanto Gary Born (2014) quanto Hasson e Nalin (2017) concordam que essa posição seria a mais adequada a ser defendida, por entenderem ser a única conciliável com a previsão do artigo VII(1) e com os propósitos básicos da Convenção de tornar a arbitragem possível e eficaz.

João Bosco Lee (2008) também defende que não se deve entender que o uso do termo acordo escrito no artigo II da Convenção tenha o intuito de estabelecer um forma específica, de modo que seja aplicado o entendimento mais liberal, afinal a própria lei não determina que a convenção de arbitragem faça parte integrante do contrato a que lhe diz respeito.

Uma discussão interessante trazida no texto de Gary Born em 2021, trata do enquadramento do requisito de acordo escrito no âmbito da validade substancial do acordo de arbitragem, ao invés de ser visto como uma requisito de validade formal. O autor explica que se a necessidade de um referência específica à cláusula incorporada por referência for entendida como um requisito de validade formal, então os dispositivos em análise deveriam ser o artigo II(1) e (2) da Convenção de Nova Iorque. Assim, a validade formal estaria condicionada à assinatura e troca de telegramas e qualquer outro requisito mais específico do que esses, seria uma violação ao texto da Convenção e à regra da aplicação da lei mais favorável à cláusula (BORN, 2021).

² 1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.

Contudo, se a necessidade de referência específica da cláusula for interpretada como um requisito de validade material, sendo esta a posição defendida por Gary Born, então os dispositivos de análise seriam o artigo II(1) e (3), que impediria as partes de aplicarem regras “discriminatórias ou idiossincráticas” de validade substantiva em acordos de arbitragem internacional.

Seguindo esses critérios, a perspectiva mais apropriada é que uma regra nacional que invalide qualquer convenção de arbitragem incorporada por meio de referência “geral” a outro instrumento seria considerada inválida. Afinal, tal tratamento seria discriminatório com as convenções de arbitragem, sujeitando-as a uma exigência de notificação que não se aplicaria a outras disposições contratuais, muitas vezes anulando ou desconsiderando as reais intenções das partes e as circunstâncias comerciais envolventes (BORN, 2021).

De fato, os Estados contratantes da Convenção poderiam, com base na análise individual de casos específicos envolvendo referências “gerais”, concluir que as cláusulas de arbitragem em questão são inválidas, mas não teriam a liberdade de impor uma proibição geral a todas as incorporações por meio de referências gerais.

No direito contemporâneo, a discussão sobre acordo escrito se conecta com a crescente evolução dos meios de comunicação digitais presentes no mundo. Conforme aponta Hasson e Nalin (2017), o “Formalismo Negocial” nunca foi um princípio geral dos contratos liberais dos séculos XIX e XX, por isso, analisar a necessidade de acordo escrito como requisito essencial à forma da cláusula arbitral em detrimento às novas formas de negociação parece inapropriado.

Em se tratando das possíveis definições sobre o que seria acordo escrito no mundo digital contemporâneo, Roque Caivano (2000), há mais de 20 anos atrás já prospectou a possibilidade de mensagens de áudio serem consideradas como meio válido de estipular convenções arbitrais. Para o autor, se documentos eletrônicos poderiam constituir “acordos escritos”, uma vez que são formados de impulsos eletrônicos em forma digital, seria possível inferir também que impulsos eletrônicos de voz salvos em forma digital poderiam ser considerados válidos meios de constituição de uma convenção arbitral à luz da Convenção de Nova Iorque.

Em 2009, Carmona já apontava a viabilidade da cláusula compromissória ser estabelecida por meios eletrônicos, embora destacasse que essa forma de manifestação da vontade ainda carecesse de segurança devido à ausência de regulamentação que assegura a autenticação por chaves e a confirmação por senhas em mensagens eletrônicas (CARMONA, 2009). Contudo, a falta de segurança já não pode mais ser utilizada como justificativa para a

não admissão de cláusulas compromissórias celebradas no Brasil por via eletrônica. Isso se deve à promulgação da Medida Provisória nº 2.200-2 (BRASIL, 2001), que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, conhecida como ICP-Brasil.

A infraestrutura foi criada com o propósito de garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em formato eletrônico. O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), por sua vez, é a autarquia federal responsável por manter e executar as políticas da ICP-Brasil. Portanto, para assegurar a validade de eventuais cláusulas compromissórias inseridas no próprio contrato ou em documentos separados celebrados por via eletrônica, as partes devem recorrer ao sistema nacional de certificação digital (REYNOL, 2017).

No que se refere à incorporação por referência, surgem desafios práticos, especialmente no que diz respeito às disposições incorporadas nas condições gerais, que frequentemente não são objeto de negociação entre as partes. Isso levanta várias questões, como a necessidade de que uma cópia das condições relevantes esteja disponível para ambas as partes no momento da conclusão de cada transação entre elas. Além disso, questiona-se se as confirmações/ordens de compra ou os conhecimentos de embarque devem fazer referência específica ao acordo de arbitragem ou se uma referência geral às condições padrão, ou mesmo a cláusula de fretamento em contratos de transporte que a contenha seja suficiente (AGUIAR ALVAREZ, 1999).

Frente aos dilemas apresentados, a UNCITRAL, promulgou em 2006 uma recomendação de interpretação do artigo II (2) de maneira extensiva, levando-se em consideração a crescente importância do comércio eletrônico, bem como a existência de legislações recentes mais propícias do que a Convenção de Nova Iorque no tocante aos requisitos formais que regulam os acordos arbitrais, os procedimentos arbitrais e a execução das sentenças proferidas em arbitragens internacionais. Na recomendação, indicou-se que:

[...] o artigo II, parágrafo 2, da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, realizada em Nova York, em 10 de junho de 1958, seja aplicado reconhecendo que as circunstâncias descritas nele não são exaustivas (CONVENÇÃO, 1958).

Sobre esse ponto, Moses ressalta que apesar de a Convenção de Nova Iorque estipular que um acordo escrito pode ser expresso em uma troca de 'cartas ou telegramas', nos tempos contemporâneos, outros canais de comunicação, como o fax e os e-mails, são válidos por serem igualmente empregados na celebração de contratos (MOSES, 2008).

Dessa forma, considerando as precauções e especificidades presentes tanto em contratos comuns quanto em contratos atípicos, a cláusula compromissória por referência emerge como uma alternativa que, em determinados contextos, pode ser interpretada de maneira mais alinhada com as práticas observadas no comércio internacional. Isso também leva em consideração a Recomendação de Interpretação do Artigo II (2) da Convenção de Nova Iorque, além das sugestões de redação da Lei Modelo a serem mencionadas no capítulo seguinte.

3.2 UNCITRAL MODEL LAW

A Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional foi aprovada em 11 de dezembro de 1985 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em um comitê formado por representantes de mais de 50 países, dentre eles o Brasil e teve como objetivo buscar a harmonização das diversas legislações internas e resolver problemas que afetam a aplicação da arbitragem internacional (MARTINS, 2008).

Na redação da Lei Modelo, especificamente no item 2 do artigo 7º, a convenção buscou definir o que era convenção de arbitragem, inserindo a cláusula incorporada por referência como uma *subespécie* da cláusula compromissória (LEMES, 2019). Nos termos do texto da Model Law:

Item 1. “Convenção de arbitragem” é uma convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória no contrato ou a de uma convenção autônoma.

Item 2. A convenção de arbitragem deve ser reduzida a escrito. [...]. (Item 6) A referência num contrato a um documento que contenha uma cláusula compromissória equivale a uma convenção de arbitragem, desde que o referido contrato revista a forma escrita e a referência seja feita de tal modo que faça da cláusula uma parte integrante do contrato. (UNCITRAL, 1985, grifo nosso)

Ou seja, a Lei Modelo da Uncitral deu um passo adiante quanto à definição de convenção arbitral quando comparada à redação da Convenção de Nova Iorque. Para além de admitir que a convenção estivesse em contrato apartado, a Lei Modelo da Uncitral também expressamente permitiu que a cláusula fosse inserida por referência. Importa mencionar, contudo, que a lei modelo não contemplou de forma clara como os costumes do mercado e demais circunstâncias poderiam ser considerados para fins de interpretação da validade e eficácia da cláusula (FOUCHARD, 2007).

Em face disso, houveram jurisprudências divergentes quanto à matéria a ser tratada em capítulo próprio. Legisladores mais contemporâneos têm reconhecido essa situação, e gradualmente o requisito formal de "por escrito" tem sido flexibilizado. A exemplo, cumpre destacar que em 2006, a Lei Modelo da UNCITRAL passou por algumas emendas em seu texto. A Lei Modelo apresentou uma recomendação de interpretação do artigo 7º, que prevê outras formas de contratação, bem como sugere duas opções de redação para as futuras alterações nas legislações nacionais. Trata-se da Opção 1 e Opção 2 do artigo 7º (LEMES, 2019).

Em resumo, a opção I trata a convenção de arbitragem como o acordo pelo qual as partes decidem resolver disputas relacionadas a uma relação jurídica, seja ela contratual ou extracontratual, por meio da arbitragem. Este acordo pode ser estabelecido como uma cláusula dentro de um contrato ou como um acordo independente, e deve ser formalizado por escrito. Por sua vez, a forma escrita pode ser alcançada de várias maneiras, incluindo o registro do seu conteúdo, independentemente de o contrato ter sido concluído oralmente ou por outros meios.

Além disso, a Opção I prevê que para fins da validade da convenção de arbitragem incorporada por referência, uma comunicação eletrônica pode satisfazer o requisito de forma escrita, desde que seja acessível para referência futura e seja integrada ao contrato. Por outro lado, a Opção II é mais simples, a Comissão da ONU adotou em 2006 o entendimento de que "Convenção de arbitragem" seria o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual.

A recomendação interpretativa feita pela Comissão da Uncitral acerca do artigo 7 da Model Law (UNCITRAL, 2006), indica que existe um documento escrito se seu "conteúdo for registrado de qualquer forma, independentemente de a convenção de arbitragem ou o contrato ter sido concluído oralmente, por conduta ou por outros meios"³ (tradução livre).

Nesse sentido, a Comissão explicou que para evitar dúvida, a primeira opção entende como documento escrito, a comunicação eletrônica, trocas em declarações de pedidos e respostas, e a incorporação em um contrato por referência a um documento que contenha uma cláusula de arbitragem⁴ (UNCITRAL, 2006, tradução livre).

³ (3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

⁴ [...] the first option defines written documents as electronic communication, exchanges of statements of claim and response, and incorporation into a contract by reference to a document containing an arbitration clause

Adiante, destaca que a referência em um contrato a qualquer documento (por exemplo, condições gerais) que contenha uma cláusula de arbitragem constitui uma convenção de arbitragem por escrito, desde que a referência seja tal que torne essa cláusula parte do contrato. Nesta via, a Comissão informou que as partes devem utilizar a lei aplicável ao contrato para definir o nível de consentimento necessário para a parte se tornar vinculada à cláusula arbitral. A segunda opção ao artigo 7, por fim, é omissa quanto à questão da escrita e demais requisitos de forma (UNCITRAL, 2006, tradução livre).

É possível confirmar que do mesmo modo que a convenção arbitral “tradicional” não precisa satisfazer separadamente requisitos de assinatura ou troca de cartas específicas de manifestação de vontade, as cláusulas incorporadas por referência também não precisam preencher tal requisito, embora devam estar contidas em um documento apartado (BORN, 2014).

A despeito das recomendações publicadas pela Comissão, outro ponto se manteve em aberto: seria necessária uma referência expressa à cláusula arbitral (*relatio perfecta*) para que a incorporação seja válida, ou é possível que referências genéricas ao documento (*relatio imperfecta*) apartado sejam suficientes para a validade e eficácia da cláusula nele contida? Sobre esse ponto, o *Uncitral Digest of Case law on the Model Law* (2012) explana que a partir do *travaux préparatoires* da Lei Modelo é possível confirmar que a menção explícita à cláusula não é um requisito necessário. Vejamos:

[...] o texto afirma claramente [que] a referência precisa ser apenas ao documento; portanto, nenhuma referência explícita à cláusula de arbitragem contida no documento é necessária (UNCITRAL, 2012).

Todavia, conforme será abordado no capítulo 4 deste trabalho esse entendimento sobre a redação do artigo 7 da Model Law não é uníssona. Diversas cortes pelo mundo divergem sobre a interpretação apresentada, sobretudo quando não há menção expressa à cláusula, conforme aponta Di Pietro (2004). A *relatio imperfecta* revela o cenário mais incerto das cortes, quando analisam o destino das cláusulas incorporadas por referência genérica.

Partindo para a análise conjunta dos textos da *NY Convention* e da *Model Law*, percebe-se que a cláusula compromissória por referência é fundamentada no consentimento mútuo das partes. Afinal, o consentimento à arbitragem é a alma mater do instituto jurídico da arbitragem em seu sentido amplo (LEMES, 2019). Portanto, a doutrina internacional analisa os requisitos fundamentais para a identificação do acordo de vontades, especificamente quanto às situações de incorporação da cláusula compromissória por referência.

De acordo com Loquin (2015), são necessários dois requisitos fundamentais. O primeiro deles é que as partes devem estar cientes do conteúdo da cláusula compromissória no momento da assinatura do contrato, e o segundo é que essa cláusula deve ser registrada por escrito.

Quanto ao tema da incorporação de termos e condições gerais, considera-se a inclusão de termos padronizados que fazem referência a documentos prontamente disponíveis em um site da web, como catálogos e brochuras. No contexto internacional, é crucial que as partes tenham proficiência no idioma relevante e compreendam o conteúdo das disposições contratuais. Esse critério será atendido quando o idioma utilizado for o mesmo em que as negociações foram conduzidas (LEMES, 2019).

Por fim, Fouchard, Gaillard e Goldman (1996) acentuam que a interpretação do consentimento a cláusula compromissória por referência deve se pautar pelos princípios gerais de interpretação da cláusula compromissória, sem se valer da interpretação extensiva ou da interpretação restritiva que ignore o fato de que no direito dos negócios internacionais o recurso à arbitragem é o meio usual de solucionar conflitos.

4 FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE VALIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CASOS DE INCORPORAÇÃO POR REFERÊNCIA

Após identificada a adoção de normas abertas e abstratas, sobretudo no que tange à forma e validade da convenção arbitral incorporada por referência, tanto em leis nacionais quanto em tratados internacionais, cumpre analisar alguns *cases laws* para entender como os julgadores vêm interpretando o conteúdo valorativo das regras a partir da situação fática. Assim, o presente capítulo irá abordar alguns casos de incorporação por referência à luz da Lei Brasileira e NY Convention na jurisprudência nacional e internacional.

4.1 JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A jurisprudência brasileira tem tratado desse tema reconhecendo a validade da cláusula compromissória mesmo quando inserida por referência em outro contrato. A seguir, será analisada a questão da vinculação à arbitragem, por meio da cláusula compromissória por referência, no que concerne à forma da convenção e ao consentimento das partes. Para tanto, irei abordar um caso emblemático do Tribunal de Justiça de São Paulo e casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

No caso do do Tribunal de Justiça de São Paulo (2009), especificamente o caso Sul América Seguros contra Armando (Holland) B.V, envolvendo um contrato de seguro de sal a granel transportado em navio.

A controvérsia tratava da incompetência da justiça brasileira de julgar a matéria em face da alegada incorporação por referência de uma cláusula compromissória presente no conhecimento de embarque, que é um documento que geralmente acompanha a carga e estabelece as condições do transporte. Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que o contrato de transporte, definitivamente, havia incorporado o conhecimento de embarque e, como consequência, a respectiva cláusula compromissória. Para tanto, o tribunal considerou as circunstâncias relativas ao mercado marítimo internacional e a experiência das partes, identificando ser comum a utilização da arbitragem para a solução dos litígios, inclusive, em face do elevado valor das operações (SÃO PAULO, 2009).

Nesse sentido, quanto à forma da convenção e quanto à validade da cláusula pela manifestação de consentimento, percebe-se que a Justiça Brasileira identifica a eficácia da incorporação de cláusulas arbitrais a despeito de haver uma lacuna na lei de arbitragem nacional, que passa a ser suprimida pela análise das circunstâncias de cada caso concreto.

Assim sendo, é possível que as disposições de um instrumento contratual ou de qualquer outro documento quando amalgamadas por meio de um novo contrato, na hipótese de existir uma cláusula arbitral no documento agregado, sejam integralmente incorporadas ao novo contrato, com as partes signatárias deste último sujeitas a suas disposições de forma vinculativa.

Quanto aos casos do STJ, para entender a interpretação sobre o quesito da incorporação por referência, o presente trabalho abordará o REsp, 1569.422, SEC 856 e SEC 967.

No caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2016, REsp 1.569.422/RJ, (BRASIL, 2016), sendo recorrentes Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen, Lorentzen Empreendimentos S. A e recorrido Hugo Pedro de Figueiredo, houve a discussão sobre a cláusula compromissória presente em um documento separado do contrato principal (contrato de aquisição de ações), que foi estabelecida por meio de correspondência. A questão central envolveu a validade dessa cláusula e se a aposição de assinaturas no documento seria necessária para sua eficácia.

A decisão destacou que, sob o aspecto formal, a única exigência da lei para estabelecer uma convenção de arbitragem por meio de cláusula compromissória é que ela seja estabelecida por escrito, podendo estar no próprio contrato ou em documento separado. A lei não especifica o tipo de documento que pode veicular a convenção de arbitragem, o que significa que as partes têm liberdade para escolher, inclusive a correspondência como meio.

Além disso, a decisão enfatizou que a manifestação de vontade das partes em concordar com a convenção de arbitragem pode ocorrer de várias maneiras, não sendo estritamente necessário que as assinaturas das partes estejam no documento - desde que não seja um contrato por adesão. É possível inferir a anuência das partes com a convenção de arbitragem com base no contexto das negociações entre elas e que ela independe do contrato principal, nos termos da decisão:

[...] a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que inserta. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem. [...] A cláusula compromissória é, ela própria, um outro contrato, que serve de bússola aos contratantes relativamente a litígios futuros, nascidos ou não de um contrato, indicando-lhes o caminho para chegarem ao juízo arbitral (BRASIL, 2016).

O Tribunal destacou que como a arbitragem foge do modelo-padrão de tutela jurisdicional, deve a cláusula compromissória ser estipulada por escrito, no próprio contrato, ou em apartado que a ele se refira (art. 4.º, § 1.º, LA), não havendo lugar para um pacto verbal, como admitido por alguns ordenamentos jurídicos nas controvérsias entre comerciantes. O STJ também destacou o pensamento de Carmona (2009), para quem, em relação à forma, determina a lei que seja a cláusula celebrada por escrito, sem qualquer outra formalidade, mesmo tratando-se de contrato. Assim, a referência em documento apartado, com todos os seus inconvenientes, é válida para a pactuação da cláusula, já que o legislador fixou a forma rígida apenas para o compromisso arbitral.

No caso específico a parte não havia estipulado a instituição arbitral na cláusula e regramento aplicável à arbitragem na cláusula. Contudo, o STJ destacou que a comunicação eletrônica de mensagens também pode viabilizar a expressão de vontade e até mesmo preencher de forma válida as lacunas em convenções de arbitragem que estejam "vazias" ou tenham falhas gerais (conforme descrito no item 1.6 abaixo).

Nesse sentido, reforçou que não haveria impedimento para que as partes tenham inicialmente firmado um contrato com uma cláusula compromissória incompleta e, posteriormente, através da troca de mensagens por e-mail, tenha decidido escolher uma Câmara de Arbitragem específica ou estabelecido um método de nomeação de árbitros. Em tais situações, a comunicação por mensagens entre as partes seria suficiente para evidenciar a manifestação de vontade na configuração do processo arbitral.

Por fim, a decisão reconheceu a validade da cláusula compromissória, mesmo que vazia, e sua capacidade de retirar a questão do poder judiciário para ser decidida por meio da arbitragem. Consequentemente, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, pois não havia resistência por parte da parte demandada. O recurso foi provido com base nessas considerações.

Já no caso SEC 856, em Reconhecimento de Sentença Estrangeira do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 2005, tratou-se pela primeira vez o tema do reconhecimento de uma Sentença Arbitral Estrangeira à luz da Convenção de Nova Iorque (CNI). A transação envolvia a venda de algodão, intermediada por um agente de vendas, sugerindo a existência de uma cláusula arbitral por referência. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito foi o relator deste caso (BRASIL, 2005).

No caso concreto, a requerente juntou os contratos de compra de algodão, mas nenhum deles estava assinado pela requerida, Têxtil União S.A., e nos quais constavam,

apenas, referência às condições gerais do vendedor, mencionados como “Normas & Arbitragem - The Liverpool Cotton Association, Ltd”(fls. 21 e 28).

Apesar de não haver nos autos correspondências trocadas entre as partes sobre a aceitação da cláusula arbitral para solucionar futuros litígios, o tribunal aplicou a aceitação tácita da cláusula compromissória, considerando que no comércio internacional é comum submeter disputas contratuais à arbitragem. A Liverpool Cotton Association, Ltd. era uma entidade especializada em arbitragem para esse mercado. Como a parte demandada não impugnou a instauração do Juízo arbitral e apresentou defesa sobre o mérito da controvérsia, reconheceu-se a existência da cláusula arbitral. No teor da decisão:

Ora, sabido que no comércio internacional a prática é a de submeter os conflitos decorrentes da execução dos contratos ao regime da arbitragem, sendo certo que no caso da compra e venda de algodão a Liverpool Cotton Association, Ltd. é entidade própria com tradição em arbitragem nesse mercado especializado. Se o contrato foi parcialmente cumprido, se dos autos consta a indicação precisa de que a parte requerida efetivamente manifestou defesa sobre o mérito da controvérsia, sem impugnar a instauração do Juízo arbitral, não me parece razoável acatar a impugnação apresentada na contestação (BRASIL, 2005).

Outros ministros também apoiaram essa interpretação, chamando-a de "cláusula arbitral tácita", afirmando que participar do procedimento arbitral sem impugnar sua existência é uma forma de anuir com a arbitragem. A prática do comércio internacional foi reiterada para fins de validade da cláusula presente em documento apartado, *in verbis*:

Em conclusão, considerando a prática internacional em contratos da espécie, que deve ser sempre relevada, não vejo como desqualificar a existência da convenção arbitral. A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação indvidosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória (BRASIL, 2005).

Assim, mencionou-se a existência da cláusula arbitral por referência, comum em negócios em Bolsas de Mercadorias de Algodão, onde os contratos incluem cláusulas compromissórias nomeando instituições arbitrais. Uma vez que a confirmação de compra não contestar a cláusula compromissória, esta será considerada válida e vinculante às partes do contrato de compra e venda.

Por fim, no caso SEC 967, também em homologação de sentença estrangeira julgada pelo STJ no caso SEC 967, em 2006, também era relativa à arbitragem conduzida pela Liverpool Cotton Association. No caso em exame, também havia um contrato de compra e venda não assinado pelas partes, apesar da venda ter sido performada com vícios na entrega.

Além disso, a requerida alegou ausência de cláusula compromissória por estar ausente o requisito de manifestação inequívoca de vontade para arbitrar. Contudo, ao contrário do caso SEC 856, a requerida não havia atuado no procedimento arbitral, de modo a contestar desde o início a jurisdição do tribunal arbitral (BRASIL, 2006).

Neste caso, o tribunal considerou que a cláusula arbitral incorporada por referência era inválida e feria a ordem pública. A despeito da Lei de Arbitragem brasileira prever a possibilidade da cláusula arbitral estar contida em documento apartado (art. 4º §2), os contratos apresentados no procedimento não continham menção às regras de arbitragem da Liverpool Cotton Limited, seguida de uma ausência de comunicação das partes com referência à arbitragem. Assim são os termos da decisão, *in verbis*:

A discussão está centrada na ausência da manifestação voluntária por escrito da requerida em aceitar a cláusula arbitral. É, portanto, ofensa à ordem pública por ir de encontro a princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico que exige aceitação expressa das partes para submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem (BRASIL, 2006).

No presente caso, a Corte Especial não admitiu o princípio da aceitação tácita de juiz arbitral, posto que os contratos de compra e venda apresentados diferiam dos eventualmente utilizados e formalizados na Inglaterra e as partes não realizaram comunicações supervenientes que fizessem menção à arbitragem. Portanto, a Corte Especial indeferiu o pedido renovado de homologação de sentença estrangeira.

Assim, bem como aponta Selma Lemes (2019), no âmbito brasileiro, não obstante existir interpretação menos restritiva ao consentimento à arbitragem por meio de documento apartado por parte dos Tribunais, nota-se que a jurisprudência é vacilante em reconhecer a cláusula compromissória por referência. Nesses termos, cita-se o Ministro João Otávio Noronha (2013) do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

No STJ, ainda não há posição definida sobre a cláusula arbitral por referência. Há decisões que reconheceram a sentença arbitral fundada em cláusula arbitral incorporada por referência, sob o fundamento de aceitação tácita da arbitragem - SEC 856, bem como decisões que recusaram a aplicação da cláusula arbitral por referência, sob o argumento de que a cláusula arbitral contida em contrato por adesão não respeita os requisitos legais - SEC 978 (NORONHA, 2013).

Portanto, a questão da cláusula compromissória por referência continua a ser objeto de discussão e análise no contexto jurídico brasileiro, com desafios a serem enfrentados em busca de uma maior segurança e clareza nessa matéria.

4.2 JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Em paralelo à jurisprudência brasileira que enfatiza a forma da convenção, costumes do mercado e o consentimento das partes para arbitrar suas controvérsias, o tema da incorporação por referência à luz dos cortes estrangeiras passa por um enfoque inclinado à análise da existência de referência expressa (*relatio perfecta*) ou da referência genérica (*relatio imperfecta*) à cláusula arbitral.

4.2.1 Caso de *Relatio Perfecta*: Espanha

Relatio Perfecta, em latim, pode ser traduzido aproximadamente como "relação perfeita" em português. No contexto jurídico, uma relação perfeita pode se referir a um contrato ou acordo que foi devidamente formado de acordo com todos os requisitos legais e formais, e que, no aspecto da incorporação por referência, trata da menção expressa da existência de uma "convenção de arbitragem" na referência aos termos e condições gerais contido em documento apartado ao contrato principal. Para tanto, o presente trabalho abordará um caso emblemático espanhol.

No caso em análise, o Tribunal Supremo Espanhol em sede de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira à luz da New York Convention admitiu a cláusula arbitral por referência, envolvendo o contrato típico de compra e venda de mercadorias entre "Unión de Cooperativas Epis-Centre e La Palentina S.A" (ESPAÑA, 1998).

O contrato foi celebrado a partir da troca de ordens de compra e venda, seguida por um documento de confirmação do pedido pelo vendedor (Epis-Centre). Após a emissão da ordem de compra pela compradora (La Palentina S.A), o vendedor respondeu com uma confirmação da venda que continha menção à arbitragem, e remetia à aplicação da cláusula arbitral contida nos Termos e Condições presentes em um contrato modelo (template muito utilizado) onde estava a cláusula compromissória. A compradora La Palentina S.A enviou um telefax como resposta ao vendedor Epis-Centre, sem manifestar discordância com os termos do negócio.

No fundamento da decisão, o Tribunal entendeu que:

[...] se remete em bloco ao particular celebrado pelas partes, pois a recepção por esta e a confirmação expedida pela vendedora n. B-93190, que não nega, unido à contestação que a compradora remeteu à vendedora permite afirmar sem circunlóquios que houve conhecimento de que a cláusula compromissória estava incluída no contrato, como parte deste e não a objetou sobre esse particular, senão

que pelo contrário, manifestou expressamente sua conformidade com as cláusulas que não alterou." (tradução livre de Selma Lemes, 2019)

Importante notar que a compradora não negou o recebimento e a confirmação da cláusula compromissória. Além disso, ao analisar a resposta da compradora à vendedora, o Tribunal entendeu que a não objeção da compradora à inclusão da cláusula compromissória que foi referenciada expressamente no contrato, constituiu o aceite necessário para tornar a cláusula válida. Esses elementos deixaram claro, de forma direta e inequívoca, que as partes tinham pleno conhecimento da inclusão da cláusula compromissória no contrato, considerando-a como parte integrante do mesmo.⁵

4.2.2 Casos de *Relatio Imperfecta*: França, Inglaterra e Itália.

Relatio imperfecta, em latim, pode ser traduzido como "relação imperfeita" em português. No contexto jurídico, uma relação imperfeita pode se referir a um contrato ou acordo que não atendeu a todos os requisitos legais ou formais, e que, em se tratando de incorporação por referência, ocorre quando o contrato principal faz referência geral ao documento separado como um todo, sem menção específica à cláusula de arbitragem nele contida. Para tanto, a análise do presente trabalho abordará o caso Bolmar Oil (França), o caso Louis Dreyfus Spa (Itália), e o caso Aughton Limited (Inglaterra).

No caso Bomar Oil N.V contra a Enterprise Tunisienne d'Activites Petrollieres - ETAP (FRANÇA, 1993), as partes discutiram se uma cláusula inserida nos Termos e Condições Gerais do Contrato da ETAP seria válida e eficaz, sobretudo considerando que o contrato de venda de petróleo foi concluído por meio de troca de mensagens que fazia menção apenas aos *terms and conditions*, e sem menção expressa ao acordo de arbitragem. O procedimento de instauração da arbitragem foi administrado pela *International Chamber of Commerce* - CCI, em que o Tribunal Arbitral constituído decidiu pela competência em julgar a matéria, considerando a experiência das partes no mercado de petróleo.

Irresignada, Bomar Oil N.V, que discordava da jurisdição do tribunal, ajuizou uma ação na Corte de Apelação de Paris e na Corte de Apelação de Versalhes, mas em ambos os

⁵ Exemplos de outros casos que entenderam a necessidade de referência expressa à convenção incorporada por referência: Concordia Agritrading Pte. Ltd. v. Cornelius Hoogewerff, High Court, Singapore, 13 October 1999, [1999] SGHC 269, [1999] 3 SLR(R) 618; CLOUT case No. 34 [Miramichi Pulp and Paper Inc. v. Canadian Pacific Bulk Ship Services Ltd., Federal Court—Trial Division, Canada, [1992]: "It appears to be an accepted rule of construction that in order to incorporate into the bill of lading an arbitration clause, clear and precise language such as 'including the arbitration clause' is necessary. General wording such as 'incorporating the general terms and conditions of a charterparty' is insufficient."]

processos, restou decidido pela competência dos árbitros para julgar a lide. Nos termos da decisão da Corte de Versalhes, identificou-se os elementos de ciência e consentimento à cláusula através da análise das mensagens trocadas entre as partes, que comprovou domínio de Bomar Oil sobre o conteúdo dos contratos padrão da ETAP e respectivamente, de seus termos e condições gerais. Segue os termos da decisão:

[...] in the field of international arbitration, an arbitration clause, if not mentioned in the main contract, may be validly stipulated by written reference to a document which contains it, for instance general conditions or a standard contract, when the party against which the clause invoked was aware of the contents of this document at the moment of concluding the contract and when it has, albeit tacitly, accepted the incorporation of the document in the contract (FRANÇA, 1993).

Por sua vez, a Corte de Apelação de Paris, após análise do caso, também decidiu pela competência dos árbitros para julgar a lide. Adiante, quando o caso atingiu a instância da Corte de Cassação da França, o julgamento foi revertido, pois entendeu-se que a incorporação genérica da cláusula, ou seja, sem menção expressa à cláusula compromissória, só poderia ser válida se as partes tivessem uma prática estabelecida, com longa relação negocial. Somente assim, não restariam dúvidas de que as partes possuíam ciência da existência da cláusula arbitral e do conteúdo das condições na qual estariam contratualmente sujeitas.

Conforme observa Paula Butti (2013), é possível identificar que a decisão tomada no caso Bomar Oil N.V. contra Enterprise Tunisienne d'Activités Pétrolières baseia-se em diversos aspectos fundamentais. Entre eles, considerou-se a experiência dos contratantes e as práticas comuns na indústria relacionada ao objeto do contrato em questão. Além disso, examinou-se se as partes tinham conhecimento das implicações da incorporação dos termos de um contrato em outro. Também se levou em consideração a existência de referências a normas padrão de contratação.

Além dos aspectos mencionados, os julgadores costumam avaliar outros elementos para determinar os limites subjetivos da convenção incorporada. Por exemplo, verificam se o contrato incorporado foi assinado pelas mesmas partes ou por partes diferentes, uma vez que, no caso de serem as mesmas partes, presume-se fortemente que elas tinham pleno conhecimento das condições acordadas. A prática estabelecida entre as partes ao longo do tempo, com a celebração de vários contratos anteriores, também é considerada, o que sugere que as partes estavam cientes dos termos dos contratos anteriores. E por fim, o cuidado

com a redação da convenção de arbitragem em si também é um elemento relevante para determinar sua validade e abrangência.⁶

De acordo com Alessandro Villani (2015), desde então, os tribunais franceses sustentam que, quando o contrato se refere globalmente a termos e condições padrão que contêm uma cláusula de arbitragem, a execução desta cláusula não é impedida por si só, sendo mais uma questão de investigar se ambas as partes tinham ou não conhecimento real da cláusula de arbitragem em questão e se pretendiam aceitá-la, mesmo que tacitamente. O mesmo entendimento, contudo, encontra divergência em tribunais italianos e ingleses como será abordado a seguir.

Já no caso Louis Dreyfus v. Cereal Magimi (Itália), julgado em 2009 pela Suprema Corte Italiana (ITÁLIA, 2009), sobre tema relativo à ausência de referência expressa à convenção arbitral. Nesse caso, duas empresas italianas, Louis Dreyfus e Cereal Mangimi, celebraram um acordo de vendas de grãos no contrato, que se referia às condições gerais da Associação Comercial de Grãos de Paris (INCOTERMS) formulário nº 12, que dispõe sobre arbitragem perante a Arbitragem da Câmara de Paris.

Em sua decisão, a corte decidiu pela exigência prevista na teoria da *relatio perfecta*, em que deveria ser respeitado o requisito de forma escrita previsto tanto no Artigo II da Convenção de Nova York quanto no Artigo 808 do Código de Processo Civil Italiano, em que é atendido por uma cláusula de arbitragem contida em um documento separado do contrato principal, desde que a referência a esse documento mencione explicitamente a cláusula de arbitragem nele contida.

Dessa forma, uma simples referência genérica ao documento separado ou ao formulário que contém o acordo de arbitragem não seria suficiente para torná-la válida e eficaz entre as partes. Para a Suprema Corte Italiana, a justificativa era que somente uma referência específica à cláusula de arbitragem poderia garantir que ambas as partes tivessem conhecimento de sua existência.

Faz-se importante ressaltar que, anos depois, ao julgar outro caso de incorporação por referência, o caso Del Medico v. Iberprotein (ITÁLIA, 2011), a Corte Italiana inclinou-se a

⁶ Exemplos de casos que aplicaram o entendimento similar ao Bomar Oil: Coopérative de déshydratation de la région de Soulaines v. Hindrichs, 1980, Corte de Apelação de Paris; Tradax Export S.A. v. Amoco Iran Oil Company, 1984, Suprema Corte Federal Suíça; JMA Investments v. C. Rijkaart B. V., 1985, District Court of Washington, EUA; Société Dreistern Werk v. Societá Crouzier, 1990, Corte de Cassação francesa; Circuit, EUA; Brothers v. The Tokyo Marine and Fire Insurance Co. Ltd., 1992, Corte de Cassação Francesa; Sonetex v. Charphil, 1992, Corte de Cassação Francesa; Psichikon Compania Naviera Panama v. SIER, 1992, Corte de Cassação Francesa; Paine Webber, Inc. v. Bybyk, 1996, Circuit, EUA; Conceria Madera Srl v. Fortstar Leather Ltd., 2000, Corte de Cassação Francesa. Vide Di Pietro, Incorporation of arbitration clauses by reference, 2004, p. 439-452.

validar uma cláusula arbitral incorporada por meio de uma referência genérica aos termos e condições aplicados em um contrato de compra e venda.

Ao fazê-lo, a Corte observou que, por um lado, essa interpretação não entraria em conflito com a Convenção de Nova York, cuja definição de "acordo de arbitragem" é tão ampla a ponto de admitir até mesmo a incorporação por referência geral; e, por outro lado, como o requerido era um operador comercial qualificado, deveria ter conhecimento das regras padrão mencionadas no contrato principal, frequentemente usadas naquela prática comercial (mantendo, assim, que uma investigação sobre o conhecimento real, ou pelo menos a possibilidade de conhecimento, do acordo de arbitragem em questão é necessária caso a caso).

Por fim, no caso do Aughton Limited v. MF Kent Services Limited (Inglaterra), de nº 495 (INGLATERRA, 1991), tratou-se de uma controvérsia relativa a um contrato de subempreitada realizado entre as partes, com o objetivo de executar parte do trabalho de uma obra contratada pelo Ministério da Defesa inglês, voltada à instalação de instrumentação e elétrica. Referido contrato possuía uma menção genérica aos termos e condições gerais que continham uma cláusula compromissória.

O Tribunal de Apelação, adotando uma abordagem rigorosa com base no entendimento de que acordos de arbitragem devem ser tratados de forma diferente dos demais termos de um contrato de formulário padrão, concluiu que uma cláusula de arbitragem "deve ser referida explicitamente no documento que é usado como o documento de incorporação".

Dessa forma, não seria possível que a cláusula arbitral fosse incorporada por uma mera referência aos termos e condições do contrato, em razão de entendê-la enquanto um contrato colateral.⁷

Todavia, como observa Alessandro Villani (2015), decisões recentes adotaram uma perspectiva mais flexível, admitindo que, em princípio, até mesmo uma redação geral de incorporação seria suficiente, pelo menos quando a questão surge no contexto de negociações entre players experientes em um mercado conhecido. A exemplo, Sea Trade Maritime Corp v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd, julgado em 2006 e o caso Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS v. Sometal SAL, julgado em 2010.

Portanto, apesar de encontrarmos uma série de precedentes divergentes sobre o assunto dos requisitos para uma incorporação por referência eficaz na jurisdição inglês, percebe-se que a tendência mais recente é a de flexibilizar o requisito da referência expressa,

⁷ O mesmo raciocínio foi apoiado por casos subsequentes, como Alfred McAlpine Construction Ltd v. RMG Electrical (1994) e Ben Barrett and Sons (Brickwork) Ltd v. Henry Boot Management Ltd (1995).

no sentido de permitir que referências genéricas aos termos e condições gerais sejam suficientes para tornar a cláusula arbitral neles contida válida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, o primeiro capítulo buscou analisar a existência, validade e eficácia de cláusulas arbitrais incorporadas por referência, partindo do entendimento da cláusula arbitral enquanto negócio jurídico, com enfoque na análise dos pressupostos da vontade e forma prescrita.

Em análise geral, identificou-se que para a validade das cláusulas compromissórias incorporadas por referência, faz-se mister avaliar os costumes do mercado, as práticas estabelecidas entre as partes, o conhecimento das partes sobre a cláusula, a redação da cláusula arbitral e a forma de menção ou referência à incorporação do documento apartado que contém a convenção arbitral, resposta da problemática e os objetivos e ou hipóteses verificadas.

Como viu-se no primeiro capítulo do presente estudo, considerando a relevância da forma da convenção, fez-se mister abordar os principais elementos da convenção arbitral, que a depender do grau de detalhamento, pode resultar na qualificação da cláusula enquanto patológica. Conforme analisado, cláusulas patológicas não estão em conformidade com os requisitos formais ou substanciais necessários para uma cláusula de arbitragem válida. As consequências da existência de uma cláusula patológica para a incorporação por referência e a instituição do tribunal arbitral podem ser variadas, dependendo da jurisdição e das circunstâncias específicas do caso.

Além de atrasar a constituição do tribunal arbitral, a cláusula patológica pode ser considerada inválida, o que pode resultar na rejeição da incorporação por referência e na necessidade de as partes estabelecerem uma nova cláusula de arbitragem que cumpra os requisitos legais. Portanto, é fundamental que as cláusulas de arbitragem sejam redigidas de forma clara e precisa para evitar ambiguidades e inconsistências que possam levar a disputas sobre sua validade e interpretação. A redação cuidadosa das cláusulas é essencial para garantir que a arbitragem seja eficaz e que as partes tenham certeza sobre como suas disputas serão resolvidas.

Assim, uma cláusula compromissória pode conter: (i) declaração da intenção; (ii) escopo da arbitragem; (iii) instituição arbitral ou regramento aplicável; (iv) número de árbitros; (v) local de arbitragem; (vi) idioma da arbitragem; (vii) lei aplicável ao contrato e ao processo de arbitragem; (viii) procedimento de escolha dos árbitros; (ix) custos e taxas da arbitragem; (x) confidencialidade; (xi) cláusula escalonada - mediação prévia.

As cláusulas compromissórias foram analisadas com base nos critérios de existência, validade e eficácia, a fim de facilitar a identificação de possíveis problemas em cláusulas arbitrais. O elemento essencial para a existência de uma cláusula compromissória é a clara manifestação de vontade das partes em resolver litígios por meio da arbitragem. Os requisitos de validade, conforme estabelecidos nos artigos 1º e 4º da Lei nº 9.307/1996, incluem a capacidade das partes para contratar (arbitrabilidade subjetiva), um objeto relacionado a litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva) e a forma escrita. Quanto à eficácia, observa-se que a cláusula compromissória é um negócio jurídico com eficácia futura, pois só entra em vigor quando surge uma disputa a ser resolvida por meio da arbitragem.

A incorporação por referência no Brasil, apesar de ser prevista no artigo 4º, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem, carece de maiores detalhamentos no texto. O que se observa é que há um caráter formalista do direito brasileiro, fundado nessa exigência prevista na lei brasileira sobre a maneira com a qual a cláusula compromissória deve ser constituída, qual seja, “a ser estipulada por escrito”.

No entanto, a exigência de que a cláusula arbitral seja estabelecida por escrito pode entrar em conflito com a natureza dinâmica das transações comerciais nacionais e internacionais, muitas das quais são caracterizadas pela prática informal de fazer referência a cláusulas arbitrais em contratos de adesão e nos termos padrão encontrados em páginas da web, por exemplo.

Compreende-se que o legislador tenha interpretado a necessidade de a cláusula ser formalizada por escrito como um meio de assegurar a expressão da vontade das partes e proporcionar segurança na renúncia à jurisdição estatal para resolver disputas contratuais. No entanto, na doutrina, há debates sobre a viabilidade de reconhecer várias formas de manifestação de vontade como válidas, o que dispensaria, por exemplo, o requisito da assinatura da cláusula. Essa linha corrobora com o próprio tratamento dado pelo Código Civil de 2002, que reconhece a possibilidade de flexibilização na forma de expressão da vontade na celebração de negócios jurídicos.

Inclusive, observou-se que em certas circunstâncias, a ausência de manifestação expressa por parte de um dos negociantes pode ser interpretada como sua aceitação à cláusula compromissória, de acordo com o disposto no artigo 111 do Código Civil brasileiro, que estabelece que o silêncio importa anuência. Assim, a doutrina brasileira tem-se inclinado para a flexibilização do requisito de acordo escrito e assinatura das partes para validar a cláusula arbitral incorporada por referência. Portanto, pode-se concluir que a cláusula compromissória

por referência, conforme estabelecida no Artigo II (2) da CNI, juntamente com a recomendação de 2006 sobre sua interpretação, e no Artigo 40, Seção 10 da LA, permite uma interpretação menos restritiva. Essa interpretação leva em consideração as particularidades do caso, das partes envolvidas e, sobretudo, as práticas comerciais e os costumes do setor em que a atividade comercial está inserida. Adicionalmente, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, não há qualquer restrição à inclusão de cláusulas compromissórias por referência, já que a referência a essa cláusula em outro documento pode ser interpretada como uma expressão evidente e inequívoca da intenção das partes de se submeterem à arbitragem. Essa abordagem é fundamentada no artigo 4º, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem.

Após análise do tratamento conferido pela Convenção de Nova Iorque e Lei Modelo da Uncitral, conforme o segundo capítulo deste trabalho, discutiu-se a conceituação de acordo escrito nos termos do artigo II da Convenção e dos requisitos da *Model Law*. A inclinação interpretativa é que não se deve entender que o uso do termo acordo escrito no artigo II da Convenção tenha o intuito de estabelecer uma forma específica, de modo que seja aplicado o entendimento mais liberal, afinal a própria lei não determina que a convenção de arbitragem faça parte integrante do contrato a que lhe diz respeito.

Afinal, os estados signatários da convenção devem entender a aplicação da lei mais favorável à cláusula compromissória e não devem aplicar critérios mais estritos do que os contidos na Convenção de Nova Iorque para analisar validade da convenção arbitral incorporada por referência.

No direito contemporâneo, já se discute, inclusive, a viabilidade da cláusula compromissória ser estabelecida por meios eletrônicos, na medida em que a própria UNCITRAL publicou uma recomendação de interpretação do artigo II (2), incentivando a interpretação extensiva do texto. Para tanto, levou em consideração a crescente importância do comércio eletrônico, bem como a existência de legislações recentes mais propícias do que a Convenção de Nova Iorque no tocante aos requisitos formais que regulam os acordos arbitrais, os procedimentos arbitrais e a execução das sentenças proferidas em arbitragens internacionais.

Quanto aos requisitos da *Model Law*, a UNCITRAL publicou uma recomendação que permite a incorporação por referência até mesmo em documentos eletrônicos. Portanto, entendeu como documento escrito, a comunicação eletrônica, trocas em declarações de pedidos e respostas, e a incorporação em um contrato por referência a um documento que contenha uma cláusula de arbitragem.

E por fim, no terceiro capítulo abordou-se a flexibilização dos requisitos de validade da cláusula compromissória a partir dos casos nacionais e internacionais analisados. No âmbito do STJ, especialmente no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, a admissão de submissão à arbitragem será válida, desde que estipulada por escrito no contrato ou disposta em carta, correio eletrônico ou qualquer outra forma de comunicação. O importante é que tenha havido o intercurso de declarações de vontade das partes, tanto externadas de forma expressa como tácita.

Como mencionado anteriormente, ao interpretar o consentimento à arbitragem em relação à cláusula compromissória por referência, é crucial considerar o método de contratação e a necessidade de respeitar as práticas internacionais. Deve-se prestar atenção especial ao contexto em que a cláusula é estabelecida, principalmente em setores específicos, como o mercado de algodão, café, trigo, entre outros, nos quais a cláusula compromissória é incorporada nas condições gerais e em contratos típicos, independentes de assinaturas das partes. Nessas circunstâncias, é razoável presumir que as partes estão cientes e concordam com a arbitragem. A aceitação das partes em relação à arbitragem pode ser expressa ou implícita, dependendo do caso concreto e dos demais documentos emitidos pelas partes.

No tocante à jurisprudência internacional, a análise sobre a incorporação de cláusulas arbitrais por referência dividiu-se em duas categorias principais: a) casos em que existe uma menção explícita à convenção arbitral contida em um documento separado do contrato; e b) casos em que não há menção explícita à convenção arbitral, embora haja a incorporação por referência do documento separado que a contém.

Observou-se que no primeiro cenário, quando há uma referência direta e explícita à convenção de arbitragem em um documento separado, não há dúvida de que as partes envolvidas no novo contrato estejam vinculadas por essa convenção. Contudo, a controvérsia surge quando o novo contrato incorpora genericamente as disposições de outro instrumento sem mencionar explicitamente a convenção de arbitragem. Nessas situações, a interpretação da extensão dessa convenção dependerá das circunstâncias específicas do caso.

Após a análise dos casos, percebeu-se que em linhas gerais, a referência genérica a condições gerais de venda ou outros documentos padrão tem sido aceita pelos tribunais quando as partes são profissionais, agem de maneira razoável, supostamente leram os contratos envolvidos, conhecem as práticas de sua profissão, e o contrato foi negociado em igualdade de condições, não se tratando de um contrato de adesão.

No contexto nacional, a questão do consentimento em relação à cláusula compromissória por referência depende do ambiente em que o contrato foi firmado, das

práticas comerciais envolvidas e da legislação aplicável, como interpretado pelos tribunais. Assim, a determinação da ligação com a arbitragem é baseada na redação da cláusula compromissória e nas circunstâncias que cercaram a negociação.

No contexto internacional, sobretudo na jurisprudência europeia, a *prima facie* é possível concluir que o tribunal espanhol está inclinado a defender a validade da incorporação de cláusulas arbitrais às quais as partes tenham feito referência expressa (*relatio perfecta*). E, nesse sentido, incerto é o destino das cláusulas incorporadas por referência geral ao documento ou conjunto de regras no qual as cláusulas estão contidas (*relatio imperfecta*).

Apesar disso, os precedentes internacionais mais recentes têm reconhecido a existência de uma convenção de arbitragem entre as partes do novo contrato, mesmo na ausência de uma menção explícita a ela, sempre que as circunstâncias do caso em questão indicarem que as partes tinham pleno conhecimento do conteúdo integral do contrato incorporado. Isso pode ocorrer devido à experiência das partes e às práticas comuns do setor, bem como devido a uma relação de parceria entre elas, que cria uma presunção de que elas estão cientes dos termos normalmente acordados.

Nessa abordagem, percebe-se que o consentimento tácito é viável nos casos de incorporação de cláusulas arbitrais por referência genérica, desde que a cláusula seja explicitamente mencionada ou que uma análise seja realizada para determinar se as partes tinham conhecimento de sua existência no contrato incorporado de forma genérica, indicando assim um consentimento tácito. Apesar de buscar preservar ao máximo a natureza consensual da arbitragem e proteger as partes que não tenham optado expressamente por esse meio de resolução de disputas, essa abordagem não confere uma verdadeira autonomia à convenção de arbitragem.

Portanto, até o presente momento, a abordagem dos tribunais europeus em relação a acordos de arbitragem incorporados por referência tem sido inconsistente. Ao analisar a jurisprudência de diferentes jurisdições, observa-se que, na maioria dos casos, esses acordos de arbitragem são examinados com base na existência e no alcance do consentimento das partes em submeter suas disputas à arbitragem. No entanto, devido à falta de uma posição jurisprudencial unívoca ou de regras internacionais ou nacionais que esclareçam os requisitos para uma incorporação apropriada, é altamente recomendável que qualquer parte que, no contexto de seus negócios, lide com formulários padrão ou termos comerciais gerais, inclua no contrato principal uma menção explícita à cláusula de arbitragem contida no documento secundário.

Nesse sentido, recomenda-se que a cláusula arbitral incorporada por referência seja explicitamente mencionada em contratos nacionais e internacionais, desde que haja evidências claras de consentimento à arbitragem por ambas as partes. Isso pode ser alcançado por meio de um acordo registrado por escrito, que pode envolver a troca de documentos eletrônicos ou manifestações registradas em trocas de documentos. Essa prática é particularmente importante quando as partes não têm experiência no mercado em questão ou quando não é comum a inclusão de cláusulas arbitrais nesse ramo de negócio. Caso as partes possuam uma longa relação negocial ou sejam experientes no mercado, é menos controverso a defesa de um aceite tácito à cláusula arbitral incorporada por referência, ainda que sujeita à uma referência genérica aos Termos e Condições Gerais ao longo das negociações.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, Letícia Barbosa e Silva e BARROS, Vera Cecília Monteiro de. Algumas questões ainda polêmicas na homologação de sentença arbitral estrangeira!. In: Arbitragem - Temas Contemporâneos, LEMES, Selma Ferreira e BALBINO, Inez (coords). São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 392.

AGUILAR ALVAREZ, Guilhermo. Article 11(2) of the New York Convention and the Courts. In: Albert Jan van den Berg(ed), Improving the Efficiency of ArbitrationAgreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, Vol. 9, 1999. Disponível em:
https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=2708&opac_view=6. Acesso em: 08 out. 2023.

BARABINO, André. Negócios Jurídicos na Arbitragem. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Dissertação [Mestrado], 2016. Disponível em:
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19687/2/Andr%C3%A9%20Barabino.pdf>. Acesso em: 3 out. 2023.

BARROCAS, Manuel Pereira. Manual de arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010, p. 168.

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 out. 2014. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 24 jul. 2023.

_____. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Presidência da República (Casa Civil). Brasília/DF. 2001. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem). Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 de set. 1996. Disponível em:
<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9307&ano=1996&ato=121IzZq1UMJpWT25d>. Acesso em: 10 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). Acórdão REsp 606.345/RS (2003/0205290-5). PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. Ministro Relator: João Otávio de Noronha. 17.05.2007. Publicado em: 08.06. (2007a). Disponível em:<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27200302052905%27.REG.&>

<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp> _gl=1*t4s71h*_ga*MTYzMjkyMzMyNS4xNjY3MDk5ODM0*_ga_F31N0L6Z6D*MTY5NjI1NDQ5OS43LjAuMTY5NjI1NDUwMS41OC4wLjA. Acesso em: 02 out. 2023.

_____. Superior Tribunal Justiça (Quarta Tuma). Acórdão REsp 861.027/PR, (2006/0122888-4). PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. RELAÇÃO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. Ministro Relator: Helio Quaglia Barbosa, j. 17/05/2007, Publicado em: 29 junho. (2007b). Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 08 out. 2023.

_____. Superior Tribunal Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS FORMAIS PREENCHIDOS. DEFERIMENTO DO PEDIDO. Ministro Relator: Nancy Andrichi, j. 02.10.2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 08 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). REsp 1.569.422/RJ. RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. Rel. Marco Aurélio Bellizze Oliveira. 2016. Disponível em: https://www.mppsp.mppr.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.43.PDF. Acesso em: 8 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada Nº 856 - Ex (2005/0031430-2). SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONTRATO NÃO ASSINADO PELA REQUERIDA. COMPROVAÇÃO DO PACTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 2005. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=549618&tipo=0&nreg=200500314302&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20050627&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 10 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada Nº 967 - Ex (2005/0053998-0). PROCESSUAL CIVIL. SEC - SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ELEIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA PARTE REQUERIDA. OFENSA A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO. Rel. Ministro José Delgado. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500539980&dt_publicacao=20/03/2006. Acesso em: 10 out. 2023.

BREKOULAKIS, Stavros. Third parties in international commercial arbitration. Nova Iorque: Oxford, 2010.

BORN, Gary B. International commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2014.

BORN, Gary B. International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 3 ed., 2021.

BUTTI, Paula Cardoso. Limites Subjetivos da Convenção de Arbitragem. São Paulo-SP: Universidade de São Paulo, Dissertação [Mestrado], 2013. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4685787>. Acesso 28 set. 2023.

CAIVANO, Roque J. Arbitraje, 2. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e Processo, um comentário à Lei no. 9.307/96. 3a. ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2009.

CONVENÇÃO de Nova Iorque [*New York Convention*]. Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. UNCITRAL: Nova Yorque. 1958. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>. Acesso em 1 out. 2023.

CORDEIRO, António Menezes. Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015.

CORDERO MOSS, Giuditta. The form requirement for arbitration agreements in international commercial arbitration. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DAVIS, Benjamin G. Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria. *Arbitration International*. Londres, v. 7, n., 1991.

DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes, and Vilson Rodrigues Alves. Tratado de direito privado. Bookseller, 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5238745/mod_resource/content/0/Semin%C3%A1rio%20Texto%20Complementar%20-%20Pontes%20de%20Miranda%20II.pdf. Acesso em: 29 set. 2023.

DI PIETRO, Domenico. Incorporation of Arbitration Clauses by Reference. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International. Vol. 21. 2004.

EISEMANN, Frédéric. La clause d'arbitrage pathologique. In: MINOLI, Eugenio (col.). *Commercial Arbitration – Essays in memoriam Eugenio Minoli*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974.

ESPAÑHA. Tribunal Supremo (Supreme Court). Case Number ATS 1451/1998. Union de Cooperativas Agrícolas Epis-Centre v. La Palentina S.A. [Consejo General del Poder Judicial (Centro de Documentación Judicial – CENDOJ)]. 17 de fevereiro de 1998. Disponível em: https://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=4023&opac_view=2. Acesso em: 08 out. 2023.

FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel, GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

FOUCHARD, Philippe. *La loi-type de la CNUDCI sur l' arbitrage comercial international.* Écrits. Paris: Comité Français de L' Arbitrage. 2007.

FRANÇA. Cour de Cassation [Supreme court]. Caso Bomar Oil (Netherlands Antilles) v. Enterprise Tunisienne d'Activites Petrollieres (ETAP) (Tunisia), 1993. Disponível em: <https://arbitrationlaw.com/library/cour-de-cassation-first-civil-chamber-9-november-1993-bomar-oil-nv-v-entreprise-tunisienne-d>. Acesso em: 05 out. 2023.

GABBAY, Daniela Monteiro; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia Shiguemi. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. In: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). *Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos: A prática no CAM-CCBC.* 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GUERRERO, Luis F. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral.* São Paulo: Grupo Almedina (Portugal). Coleção Ibmec Série Direito e Resolução de Disputas, 4 ed. 2022. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição).

HASSON, Felipe; NALIN, Paulo. Existência e Validade da Cláusula Compromissória Não Escrita: Interpretação Extensiva do Artigo 4º, § 1º, da Lei de Arbitragem, à Luz do Direito Brasil. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem 14, no. 55, 2017.

INGLATERRA. England Court of Appeal (Corte de Apelação). Aughton Ltd (Formerly Aughton Group Ltd) v M.F. Kent Services Ltd. [1991] EWCA Civ J1104-4. 1991. Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/aughton-ltd-formerly-aughton-792879365>. Acesso em: 1 out. 2023.

ITALIA. Courte di Cassazione (Supreme Court). CLOUT Case 1785. Louis Dreyfus S.p.A. v. Cereal Mangimi s.r.l. Itália. 2009. Disponível em: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_1785_190509.html. Acesso em: 10 set 2023.

_____. Courte di Cassazione (Supreme Court). CLOUT Case 1668. Del Medico & C. SAS v. Iberprotein Sl. Itália. 201. Disponível em: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/ita/clout_case_1668_160611.html. Acesso em: 10 set. 2023.

LEE, João Bosco. *Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil.* In: VALENCA, Clávio; LEE, João Bosco. *Estudos de arbitragem.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 84.

LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito brasileiro e comparado.* Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, vol. 686, a. 81, p. 73-89, dez. 1992.

_____. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José M. Rossani. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima.* São Paulo: LTr, 2002.

_____. Cláusula compromissória por referência. *Contratos comerciais internacionais e a Convenção de Nova Iorque.* In: LEMES, Selma Ferreira e LOPES, Christian Sahb Batista (coords). *Arbitragem Comercial Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque.* São Paulo: Quartier Latin, 2019.

LOQUIN, Éric. *L'arbitrage du commerce international*. França, Issy-les-Moulineaux: Joly éditions, Lextenso éditions, 2015.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Convenção Arbitral no Direito Brasileiro*. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (coords.). *Arbitragem: 15 anos da Lei n. 9.307/96*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2012.

MARTINS, Adler. *Arbitragem Internacional: necessidade de integração entre a lei brasileira e as convenções internacionais*. [São Paulo]: Migalhas, 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/53135/arbitragem-internacional--necessidade-de-integração-entre-a-lei-brasileira-e-as-convocações-internacionais>. Acesso em: 5 out. 2023.

MOSER, Gustavo. A aceitação da cláusula compromissória pelo silêncio à luz da conduta negocial das partes: a cláusula geral do art. 111 do Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, jan./jul. nº 153/154, 2010.

MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. NY: Cambridge University Press, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. *Cláusula compromissória como negócio jurídico: análise de sua existência, validade e eficácia*. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NORONHA, João Otávio. Importância do seminário internacional de arbitragem no STJ. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, 2013.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

REYNOL, Thais Schiavoni Guarnieri Silva. *Cláusulas Arbitrais Patológicas e Cuidados na Redação de Cláusulas Compromissórias*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Dissertação [Mestrado], 2017.

SALVADÉ, Laura Zamin. *Vicissitudes da Cláusula Compromissória e seus Efeitos nas Arbitragens Comerciais Internacionais*. Lisboa, Portugal: Universidade de Lisboa, Dissertação de Mestrado, 2020. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/50616/1/ulfd0149660_tese.pdf. Acesso 01 out. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Apelação Cível n. 9108101-03.2008.8.26.0000, 14a Câmara de Direito Privado, Des. Rel. José Tarciso Beraldo, j. 4.2.2009. Disponível em: <www.tjsp.gov.br>. Acesso em: 06 out. 2023

SCALCO, Gabriela Barcellos; WEBBER, Pietro Benedetti Teixeira. *Cláusulas Compromissórias Patológicas no Direito brasileiro: Eficácia e Exequibilidade*. São Paulo: Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 7, nº 2, 1233-1255. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_1233_1255.pdf. Acesso em: 01 out. 2023

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2021.

THEODORO JR, Humberto. Negócio Jurídico. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992835. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 01 out. 2023.

TUNG, Sherlin. The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights. In: SHAUGHNESSY, Patricia; TUNG, Sherlin (Eds.). The powers and duties of an arbitrator. Liber Amicorum Pierre A. Karrer. The Hague: Kluwer Law International, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2979139. Acesso em: 02 out. 2023.

UNCITRAL. Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration. With amendments. Vienna International Centre: United Nations, 1985. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

_____. Part Two of Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration. With amendments. Vienna International Centre: United Nations, 2006. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

_____. Digest Of Case Law On The Model Law on International Commercial Arbitration. Vienna International Centre: United Nations, 2012. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/mal-digest-2012-e.pdf>. Acesso em: 08 out. 2023.

VAN DEN BERG, Albert Jan. Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York: United Nations, 2008, p. 1. Disponível na internet em: https://legal.un.org/avl/pdf/ha/crefaa/crefaa_e.pdf. Acesso em 08 out. 2023.

VERGEL, Manuel Franco. La Incorporación de Cláusulas de Arbitraje por Referencia. In: Kluwer Arbitration Blog, March 19, 2010. Disponível em: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/03/19/la-incorporacion-de-clausulas-de-arbitraje-por-referencia/>. Acesso em: 02 out. 2023.

VILLANI, Alessandro. Arbitration Clauses Incorporated by Reference: An Overview of the Pragmatic Approach Developed by European Courts. Kluwer Arbitration Blog: Wolters Kluwer, 2015. Disponível em: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/03/arbitration-clauses-incorporated-by-reference-an-overview-of-the-pragmatic-approach-developed-by-european-courts/>. Acesso em: 27 set. 2023.

WALD, Arnoldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (Comentário ao art. II (1) e (2) da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro). In: Arbitragem comercial internacional, a Convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro. WALD, Arnoldo e LEMES, Selma Ferreira (coords.) São Paulo: Saraiva, 2011.

YOUSSEF, Karim. The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in groups of companies. In: HANOTIAU, B.; SCHWARTZ, E. A. (Eds.). Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Multiparty Arbitration, n. 701, p. 92, 2010.